Münster i. W. 1927 No 17

Jur. Diss.

Die Bedeutung der Strafen und sichernden Maßnahmen in ihren Rechtsfolgen

---

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster i. W.

vorgelegt von

Josef Wüllner
aus Gladbeck i. W.

Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig
1927

Referent: Herr Professor Dr. Rosenfeld
Korreferent: Herr Professor Dr. Thomsen

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Dem Andenken meines Vaters

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

Erster Teil.

Die Strafe und die sichernde Maßnahme.

§ 1. Das Wesen der Strafe 2
§ 2. Die sichernde Maßnahme 3
I. Das Objekt der sichernden Maßnahme.
II. Der Begriff der Gefährlichkeit.
III. Die Arten der Gefährlichkeit.
A. Die Augenblicksgefährlichkeit.
B. Die Zustandsgefährlichkeit.
IV. Die Ursachen der Gefährlichkeit.
§ 3. Die mit Strafe bedrohte Handlung als Voraussetzung der Anwendung von sichernden Maßnahmen 11
I. Die schuldhafte Handlung.
II. Die schuldlose Handlung.
§ 4. Die sichernde Maßnahme nach dem Entwurf 1927 17

Zweiter Teil.

Die Rechtsfolgen der Strafe und der sichernden Maßnahme.

§ 5. Strafe und sichernde Maßnahme als Unrechtsfolgen 19
§ 6. Die Anwendung der Grundsätze des Strafrechts auf die sichernden Maßnahmen 21
§ 7. Die zeitliche Geltung der Strafgesetze für die sichernden Maßnahmen 24
§ 8. Die sichernde Maßnahme und die Strafbemessung 25
I. Die grundsätzliche Bemessung der sichernden Maßnahme.
II. Die Strafmilderung und die sichernden Maßnahmen.
III. Die Strafschärfung und die sichernden Maßnahmen.
IV. Die Anrechnung der Untersuchungshaft und die sichernden Maßnahmen.
V. Der Verbrechensrückfall und die sichernden Maßnahmen.
VI. Fristen.
§ 9. Die sichernden Maßnahmen und der Strafvollzug 35
I. Die Bedeutung des Problems.
II. Der Strafvollzug und der Vollzug der sichernden Maßnahmen.
III. Die vorläufige Entlassung und die vorzeitige Beendigung der sichernden Maßnahmen.

Seite

§ 10. Der Wegfall des Grundes zur Verhängung von Strafe und die sichernden Maßnahmen.
Der Wegfall der sichernden Maßnahmen 39
I. Der Tod und die Geisteskrankheit des gefährlichen Individuums.
II. Die Begnadigung.
III. Die bedingte Verurteilung.
IV. Die Wiederaufnahme.
§ 11. Die Verjährung 45
§ 12. Das Zusammentreffen von Strafe und sichernden Maßnahmen 49
I. Strafe und sichernde Maßnahmen nebeneinander.
II. Das Zusammentreffen verschiedener sichernder Maßnahmen.
III. Das „Vikariieren".
§ 13. Die Strafbestimmungen über Strafvereitelung 53
Literaturverzeichnis 55

Abkürzungen.

Archiv = Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, herausgeg. von Kohler und Berolzheimer.
Aschaffenburgs Mon. = Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform.
DGE. = Deutscher Gegenentwurf.
DJT. = Deutscher Juristentag.
DVE. = Deutscher Vorentwurf.
E. = Entwurf 1927.
JGG. = Jugendgerichtsgesetz.
IKV. = Internationale Kriminalistische Vereinigung.
JMBl. = Justizministerialblatt.
JW. = Juristische Wochenschrift.
Mitt. = Mitteilungen der IKV.
Mon. f. Krimps. = Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Heidelberg.
Ö. E. = Österreichischer Entwurf von 1912, Regierungsvorlage.
Ö. Z. = Österreichische Zeitschrift für Strafrecht.
s. M. oder S. M. = Sichernde Maßnahmen.
StrGB. = Reichsstrafgesetzbuch.
Schw. Z. = Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, herausgeg. von Stooß.
SchwVE. = Schweizer Vorentwurf zu einem Strafgesetzbuch.
Z. = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
StrVGE. = Amtlicher Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes.

Einleitung.

Strafe und sichernde Maßnahmen werden in Zukunft die Unrechtsfolgen innerhalb des Strafrechts sein; allerdings nicht die einzigen; aber Strafe und s. M. werden die wichtigsten Unrechtsfolgen sein, die der eigentlichen Bekämpfung der Kriminalität dienen und die vor allem auf die Persönlichkeit des Rechtsbrechers abgestellt sind. In ein bestimmt ausgeprägtes System sind damit neue Maßnahmen eingeführt worden. Welche Rechtsfolgen hat aber in Zukunft die s. M. innerhalb des gesamten Strafrechts? Sind die Grundsätze des Strafrechts auch auf die s. M. anwendbar? Wenn ja, inwieweit und wann?

Die vorliegende Arbeit hat es sich zur Aufgabe gemacht, die Bedeutung der Rechtsfolgen beider Maßregeln und das Verhältnis zueinander zu untersuchen. Die Untersuchung soll sich vor allem darauf erstrecken, ob und inwieweit die s. M. die Rechtsfolgen der Strafe zu übernehmen vermag, ob die allgemeinen Grundsätze des Strafrechts auch auf die s. M. Anwendung finden können. In diesem Zusammenhang war auch kurz die Frage des „Vikariierens" zu behandeln.

Um die Untersuchung anstellen zu können, war erforderlich, im ersten Teil der Arbeit auf das Wesen der Strafe und der s. M. kurz einzugehen und die Grundbegriffe für die Untersuchung festzulegen. Erst dann konnte an den Kern der Arbeit herangegangen werden. Dabei mußte es das Bestreben sein, die Rechtsfolgen der Strafe möglichst wenig mit in die Erörterung hineinzuziehen. Diese mußten als bekannt vorausgesetzt werden. Im übrigen sind die Entwürfe von 1925 und 1927 als die neueste geplante Regelung in erster Linie herangezogen worden und haben die Grundlage für die Untersuchung abgegeben. Auf die einzelnen s. M. einzugehen, erschien nur ausnahmsweise und nur, soweit unbedingt notwendig, zweckdienlich.

I. Teil.

Die Strafe und die sichernde Maßnahme.

Dem eigentlichen Kern unserer Untersuchung muß eine Auseinandersetzung über die Grundbegriffe der Strafe und der s. M. vorausgehen, da von unserer Stellungnahme zu dem Inhalt und Wesen der Strafe und der s. M. jede weitere Untersuchung in der beabsichtigten Richtung abhängen wird.

§ 1.

Das Wesen der Strafe.

Bei einer Begriffsbestimmung der Strafe ist hier zu vermeiden, den Strafzweck mit in die Erörterung hineinzuziehen. Deshalb kann unsere Frage nach dem Wesen der Strafe auch nicht lauten: Was will die Strafe, oder was bezweckt die Strafe? Unsere Frage lautet: Was ist die Strafe?[1])

Die Etymologie des Wortes Strafe gibt uns über das Wesen der Strafe fast keinen Aufschluß[2]). Sie verweist uns aber auf das Element des Leidens. Indem wir dieses Leiden auch als Übel bezeichnen, kommen wir dazu, zu sagen, daß jede Strafe ein angewandtes Übel oder, um weitergehend mit v. Hippel zu sprechen, ein bezwecktes Übel ist[3]); denn das Übel wird erst zur Strafe, wenn es angewendet wird. Die Strafe ist das gewollte Übel innerhalb der Rechtsordnung. Wir finden sie in ihrem Zweckgebiete, d. h. innerhalb des Strafrechts, wo sie unter bestimmten Voraussetzungen verhängt wird. Da aber der Gesetzgeber über das Individuum Übel verhängen kann, die wir gewöhnlich nicht als Strafe bezeichnen, z. B. einem Individuum werden im Interesse der Allgemeinheit gewisse Opfer auferlegt, so bedarf es einer noch näheren Begriffsbestimmung der Strafe. So gelangen wir dazu, die Strafe als das Übel anzusehen, das vom Gesetzgeber dem Individuum um

[1]) Siehe dazu Wüst, Schw.Z. 21 S. 5.
[2]) Siehe dazu die Ausführungen Naglers S. 128.
[3]) S. 493, 4.

des Übelgehalts willen zugefügt wird. Wer nicht hören will, soll fühlen. Dieses Übel verhängt der Gesetzgeber aber nur dann, wenn das Individuum schuldhaft ein Unrecht, d. h. eine strafbare Handlung begangen hat [4]). Somit ist die Strafe eine Unrechtsfolge, der der Übelsgehalt wesenhaft ist.

Aus dem Gesagten gewinnen wir den Satz:

„Die Strafe ist ihrem Wesen nach gewolltes Übel, das vom Gesetzgeber über das Individuum nach schuldhafter Begehung einer strafbaren Handlung um des Übelgehalts willen verhängt wird."

§ 2.
Die sichernde Maßnahme.

Stooß hat der Wissenschaft die Aufgabe zuweisen wollen, eine genauere Ausscheidung von Straf- und Sicherungscharakter innerhalb einer Maßregel vorzunehmen [5]). Dieses ist kaum durchführbar. Da der Gesetzgeber selbst Strafe und s. M. als etwas begrifflich Verschiedenes auffaßt [6]), die s. M. aber als geschlossenes System in ein anderes System eingeführt hat, so erscheint es auf den ersten Blick trotz der rein äußeren Trennung ganz unmöglich, den Charakter der s. M. rein zu bestimmen.

Der Begriff der s. M. läßt sich aber aus ihrer Bestimmung negativ dahin definieren, daß sie keine Strafe ist. Ferner liegt ein wichtiges und wertvolles Moment der Begriffsbestimmung in ihrer rechtspolitischen Aufgabe, die sich auch in der Bezeichnung schon widerspiegelt. Die s. M. sollen in erster Linie sichern, d. h. die Allgemeinheit vor Rechtsgüterverletzungen durch gewisse Individuen schützen. Damit lehnt sich die s. M. an einen der der Strafe zugesprochenen Zwecke, nämlich den der Sicherung, an [7]). Wir können feststellen, daß als sichernde Maßnahme ganz allgemein jene staatliche Maßnahme anzusprechen ist, die die Gesamtheit vor Verletzungen und Gefährdungen ihrer Rechtsgüter schützeu soll, d. h. jene Maßnahme, die der Verbrechensbekämpfung bzw. -vorbeuge unter Erfassung und Berücksichtigung der Gesamtpersönlichkeit des einzelnen Individuums dient und die nicht unter den Begriff Strafe fällt. Die s. M.

---

[4]) Das Wesen der Strafe ist also auch Repression.
[5]) Zit. bei Wüst S. 154.
[6]) Begr. E. 1925 S. 38; Begr. E. 1927 S. 44 ff.
[7]) In diesem Zusammenhang wäre vielleicht auf den von der modernen Schule geprägten Begriff der Sicherungsstrafe hinzuweisen. Siehe dazu v. Liszt, Lehrbuch 12./13. Aufl. 1903 S. 85/86.

sind also Präventivmaßnahmen. Das Gebiet der staatlichen Präventivmaßnahmen ist aber derartig groß, daß zur Bestimmung der für uns in Frage kommenden s. M. eine Einschränkung vorgenommen werden muß. Die Verwahrung eines gemeingefährlichen Gewohnheitsverbrechers in einer Verwahrungsanstalt und die Festsetzung eines Trunkenboldes in einem Polizeigewahrsam zum Zwecke der Ausnüchterung sind beides Maßnahmen, die der Verbrechensvorbeuge bzw. -verhütung dienen. Und so würde sich der Kreis der s. M. ins Ungeahnte ausdehnen lassen, wollte man alle staatlichen Maßnahmen, die dem genannten Zwecke dienen, zu den „sichernden Maßnahmen" rechnen. Das zwingt uns zu der Einschränkung, daß nur die staatlichen Maßnahmen als „sichernde Maßnahmen" anzusehen sind, die der Verbrechensvorbeuge und der Verbrechensbekämpfung in erster Linie und ausschließlich zu dienen bestimmt sind. Diese Maßnahmen sind die eigentlich s. M. Aber auch ein zweiter Grund macht eine Unterscheidung der eigentlichen s. M. von den „sichernden Maßnahmen" im allgemeinen erforderlich. Bei der Bestimmung des Begriffes der s. M. ist der Begriff des Verbrechens, vor oder nach dessen Begehung gesichert werden soll, rein objektiv gefaßt und zieht dadurch alle menschlichen Handlungen in seinen Bereich, die die Tatbestände des StrGB. erfüllen. Auch dieses Moment erfordert eine Abgrenzung der eigentlich s. M. von den „sichernden Maßnahmen".

Wenn wir so die s. M. im engeren Sinne danach bestimmen wollen, ob sie in erster Linie oder ausschließlich dem Zwecke der Sicherung der Allgemeinheit zu dienen bestimmt sind, so müssen wir für die Zwecke unserer Untersuchung noch eine dritte Abgrenzung vornehmen, indem wir zu den s. M. nur jene Maßnahmen zählen, die vom Gesetzgeber innerhalb des Strafrechts als solche bezeichnet werden oder die innerhalb der Strafgesetze, ohne ausdrücklich als s. M. bezeichnet zu sein, die Voraussetzungen und Erfordernisse der s. M. erfüllen und ihrem Zwecke dienen.

Wir haben bisher:

> „Sichernde Maßnahmen sind staatliche Maßnahmen, die von dem Ziele der Sicherung der Allgemeinheit vor Rechtsgüterverletzungen und -gefährdungen unter Erfassung der Gesamtpersönlichkeit des einzelnen Individuums beherrscht sind". [8])

---

[8]) Im folgenden werden unter s. M. nur die s. M. im eigentlichen Sinne verstanden werden.

I. Das Objekt der sichernden Maßnahme.

Wenn wir von dem Zweck der s. M. ausgehen, so kommen wir dazu, zu sagen, daß die s. M. sich in systematischer Einwirkung auf die Einzelpersönlichkeit gegen das Individuum richtet, von welchem Rechtsgüterverletzungen und -gefährdungen zu erwarten sind, gegen welche eine Sicherung notwendig ist. Aber auch die Strafe soll in vielen Fällen diesem Zwecke dienen. Und die Frage ist, welche von beiden Maßregeln soll in Zukunft Anwendung finden, wenn es darum geht, die Gesellschaft zu sichern? Während für die Entstehung des staatlichen Strafanspruchs die Schuld des zurechnungsfähigen Täters erforderlich ist, bedarf es für die Anwendung von s. M. der „Gefährlichkeit" des Täters. Schuld und Gefährlichkeit haben miteinander gar nichts zu tun. Die Schuld bedeutet ein persönliches Unwerturteil aus Anlaß seiner bestimmten Einzelhandlung, die Gefährlichkeit hingegen eine rein objektive Bewertung. Letztere ist dabei nicht an die Zurechnungsfähigkeit geknüpft. Der Geisteskranke, das Kind und der sinnlos Betrunkene können überaus gefährlich sein, und umgekehrt kann bei einem schwer Schuldigen keinerlei Gefährlichkeit für die Zukunft zu befürchten sein. Die Frage, welche Folge soll den Täter für die von ihm begangene strafbare Handlung treffen, wird in Zukunft verschieden lauten müssen. Wer diese Frage zu beantworten hat, muß sich, wenn er eine Strafe verhängen will, aus den Anschauungen lösen, die zur Sicherung führen, und sich fragen: Ist die schuldhafte Handlung dieser Person gesetzwidrig oder unrechtmäßig? Wer aber eine s. M. verhängen will, der muß den Schuldbegriff beiseite lassen und sich fragen, ist bei dem Täter ein Zustand festzustellen, der weitere strafbare Handlungen von ihm mit einiger Wahrscheinlichkeit erwarten läßt, oder mit andern Worten: Ist diese Person gefährlich?[9]) Daß man strafbare Handlungen nur von natürlichen Personen erwarten kann, nehme ich als Voraussetzung an. Die Folgerung führt aber zu der m. E. zwingenden Annahme, daß die s. M. nur bei natürlichen Personen Anwendung finden können und nicht z. B. gegen Aktiengesellschaften usw. Aufgabe der s. M. ist die Einwirkung auf Personen, die ein Verbrechen begangen haben und von denen aus bestimmten Gründen die Begehung weiterer Verbrechen zu erwarten ist. Eine juristische Person muß ebenso wie eine Sache für die Anwendung von s. M. ausscheiden, da beide meiner Ansicht nach nicht strafbar sind. Sie können nicht

---

[9]) Siehe Stooß, Schw.Z. 14 S. 399: „Die s. M. wird nicht durch ein bestimmtes Delikt begründet, sondern durch den Zustand einer Person, der anläßlich eines Strafverfahrens gegen diese ermittelt wird."

gefährlich sein[10]). Die strafrechtliche Einziehung kann deshalb aus diesem Grunde nicht als s. M. angesehen werden[11]).

Wir ziehen aus dem Gesagten folgenden Schluß:

Objekt der s. M. ist der natürliche Mensch.

II. Der Begriff der Gefährlichkeit.

Es wurde schon im vorigen von der „gefährlichen" Person gesprochen, ohne den Begriff der Gefährlichkeit weiter zu erläutern.

Feuerbach definierte treffend die Gefährlichkeit, indem er sagte: „Ich setze voraus, daß man mit dem Worte Gefährlichkeit seinen bestimmten und wahren Sinn verbindet und sich nichts weiter darunter denkt als diejenige Eigenschaft der Person, welche ein Grund der Wahrscheinlichkeit ist, daß sie wirklich Rechte verletzen werde."[12]) Die Gefährlichkeit ist an sich ein Zustand einer Person. Gefahr bedeutet die Wahrscheinlichkeit eines künftigen schädlichen Ereignisses[13]). Mithin ist ein gefährlicher Mensch derjenige, von dem wahrscheinlich in Zukunft ein schädliches Ereignis zu erwarten ist. Für uns kann es sich dabei nur um eine bestimmte Gefahr handeln, nämlich um die, welche eine künftige kriminelle Handlung der Person wahrscheinlich macht. Und wenn wir dazu noch sagen: wahrscheinlich, so bedeutet dieses, daß es ja noch ungewiß ist, ob diese Person die kriminelle Handlung in Wirklichkeit begehen wird.

Aus dem bisher Gesagten gewinnen wir den Satz:

Die Gefährlichkeit ist derjenige Zustand einer Person, der kriminelle Handlungen mit Wahrscheinlichkeit erwarten läßt[14]).

---

[10]) Exner S. 57 meint, daß auch eine Sache, wenn sie nur gefährlich sei, Gegenstand der s. M. sein könnte. Dasselbe nimmt Exner auch von der juristischen Person an. Die „sachliche" s. M. Exners gehört m. E. aber in das Gebiet der reinen Präventivpolizei.

[11]) Der E. 1925 rechnet die Einziehung im § 67 zu den s. M., der E. 1927 zu den Nebenstrafen und Nebenfolgen (§ 52).

[12]) Feuerbach, Revision II S. 366.

[13]) Storch (Ö. Z. IV S. 13): Gefährlichkeit ist diejenige Eigenschaft der Person, welche ein Grund der Wahrscheinlichkeit ist, daß sie wirklich Rechte verletzen werde ... Noch enger Sichert (Monatsschr. f. Kriminalps. IV S. 233), der den Begriff nur auf den gleichartigen Rückfall abstellt; v. Liszt, Mitt. der IKV. 17 S. 427 unterscheidet zwischen dem Zustand der Gefährlichkeit und dem der Hilfsbedürftigkeit. Er faßt dabei den Kreis der gefährlichen Personen enger und scheidet jene aus, die lediglich der Stütze bedürfen.

[14]) Siehe dazu Exner S. 60ff.

Die Frage, welche Gefahr überhaupt in Frage kommt, führt uns zum Nächsten.

III. Die Arten der Gefährlichkeit.

Die zutreffende Unterscheidung und Feststellung der Arten der Gefährlichkeit einer Person ist für eine richtige und zweckdienliche Bestimmung und Anwendung von s. M. unumgänglich notwendig.

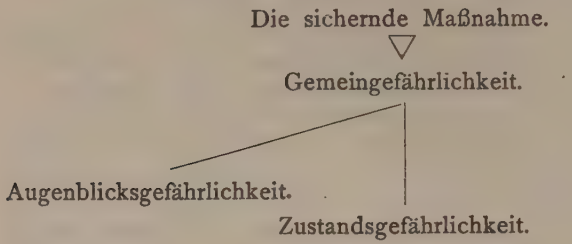
Die Gefährlichkeit einer Person kann sowohl im Hinblick auf die innere Stärke und Größe, als auch im Hinblick auf die Dauer der Gefahr sehr verschieden sein. Von vornherein ist zu sagen, daß nicht jede Art von Gefährlichkeit für die Anwendung von s. M. in Frage kommen kann. Schon seit Jahren ist man bemüht, diesen schwer bestimmbaren Begriff juristisch so zu fixieren, daß er innerhalb des Strafgesetzes verwertet werden kann. Aschaffenburg[15]) erklärte eine juristische Feststellung des Begriffes für geradezu unmöglich. Trotzdem hat der Ö. E. dem Begriff Aufnahme gewährt, und zwar in doppelter Anwendung: als gewöhnliche Gefährlichkeit (§ 43) und als Gemeingefährlichkeit (§ 36). Dabei ist die letztere als Unterart der ersteren anzusehen. Wenn wir in Übereinstimmnng mit Exner[16]) und Storch[17]) die Gefährlichkeit des Täters als diejenige Eigenschaft bezeichnen, welche die Annahme begründet, er werde künftighin wahrscheinlich neue strafbare Handlungen begehen, so kann diese Art von Gefährlichkeit nur eine „Gemeingefährlichkeit" sein; denn die Gefahr, die durch den Gefährlichen droht, ist eine Gefahr für die Gesellschaft und ihre Rechtsordnung, also eine Gemeingefahr. Dasselbe meint auch wohl Exner[16]), indem er davon spricht, daß der Maßstab der Bestimmung der Gefahr einmal die zu erwartende Schädigung und dann damit im Zusammenhang das Interesse sei, das die Allgemeinheit an dem Nichteintritt der Verletzung hat. Daß das Interesse der Allgemeinheit an der Gefährlichkeit sehr verschieden sein kann und tatsächlich ist, ist ohne weiteres einleuchtend[18]). Gegenstand der s. M. sind also Personen, die gemeingefährlich sind.

Die zweite Unterscheidung der Gefährlichkeit hinsichtlich ihrer Ausdehnung erscheint aber wichtiger. Der Zustand einer Person, der von ihr ein kriminelles Verhalten mit Wahrscheinlichkeit erwarten läßt, kann von vorübergehendem und auch von dauerndem

---

[15]) Mitt. XVII S. 471.
[16]) S. 60.
[17]) S. 13.
[18]) Siehe dazu die bei Birkmeyer S. 61 zahlreich zitierte Literatur, in welcher auch nur die Gemeingefährlichkeit als in Frage kommend angesprochen wird.

Bestande sein. Daraus ergibt sich für uns die Unterscheidung in Augenblicks- und Zustandsgefährlichkeit[19]). Beide bilden eine Unterart der Gemeingefährlichkeit. Daraus ergibt sich folgendes Bild:



A. Die Augenblicksgefährlichkeit.

Man kann grundsätzlich sagen, daß jeder, der ein Verbrechen begehen will, auch ein gefährlicher Mensch ist; denn er gibt uns Grund zu der Annahme, von ihm eine Rechtsgüterverletzung zu erwarten. Aber an sich ist dieser Mensch gefährlich nur bezüglich einer bestimmten und konkreten Tat, nämlich bezüglich der Tat, die er begehen will. Hier haben wir es mit einer vorübergehenden Gefahr zu tun. Dieser Mensch ist nicht mehr gefährlich, wenn der Plan der Tat nach längerem oder kürzerem Schwebezustand nicht mehr besteht, sei es, daß er ausgeführt, sei es, daß er freiwillig oder unfreiwillig aufgegeben ist[20]).

Eine Anwendung von s. M. bei der Augenblicksgefährlichkeit ist erklärlicherweise nur in sehr beschränktem Umfange möglich. Der Grund liegt eben darin, daß es praktisch in den meisten Fällen unmöglich sein wird, diese Art von Gefährlichkeit zu erkennen, weil sie für Augenblicke auftreten kann und sofort wieder vergeht. Der Staat sucht diesem Zustande durch eine erhöhte Wachsamkeit zu begegnen, indem er für einen möglichst sicheren Eintritt der Strafe Sorge trägt, bzw. die Strafe dem Individuum vor Begehung der Tat in sichere Aussicht stellt. Tatsächlich steht das Individuum auch sehr oft „angesichts des Schutzmanns von der beabsichtigten Tat ab“[21]).

---

[19]) Exner S. 63 unterscheidet akute und chronische Gefährlichkeit = begrifflich wohl dasselbe.

[20]) So Exner S. 63.

[21]) Exner S. 65; übrigens schlägt der Schw.E. und auch der DGE. als s. M. gegen akute Gefährlichkeit die Friedensbürgschaft vor. Es kommen allerdings auch Schutzaufsicht, Sonderpflichten, Stellung auf Probe in Frage.

B. Die Zustandsgefährlichkeit.

Hier haben wir es mit der eigentlichen Domäne der Anwendbarkeit von s. M. zu tun. Es ist aber zu betonen, daß beide Arten von Gefährlichkeit sich im Leben nicht immer mit völliger Schärfe trennen lassen. Bei der Zustandsgefährlichkeit haben wir es — wie der Name schon sagt — mit einem gefährlichen Zustand des Individuums — dem état dangereux — zu tun, der vor der Deliktsbegehung bereits besteht und nach der Deliktsbegehung noch andauert und hier immer neue Gefahren zeitigt.

Hier setzt die Aufgabe ein, von der Grolmann schon spricht, indem er sagt: es gilt ein Mittel zu suchen, „daß der itzt gefahrdrohende nach dem Gebrauch dieses Mittels nicht mehr als ein gefahrdrohender betrachtet werden kann“ [22]). Ein solcher Weg ist, die in dem gefährlichen Individuum konstant wirkende Verbrechensursache zu beheben.

Beide Arten der Gefährlichkeit sind scharf voneinander getrennt zu halten, weil die staatliche Abwehr in beiden Fällen verschieden sein muß. Eine zielsichere Abwehr der Gefährlichkeit erfordert aber eine eingehende Kenntnis der Ursachen dieser Disposition. Mit diesen haben wir uns in Kürze im folgendem Abschnitt zu befassen.

Voraussetzung der s. M. ist die Gemeingefährlichkeit, insbesondere die Zustandsgefährlichkeit des Individuums.

IV. Die Ursachen der Gefährlichkeit.

Die Ursachen der Gefährlichkeit einer Person sind nur in den Entstehungsgründen der von ihr begangenen oder der von ihr zu erwartenden strafbaren Handlung zu finden. Der Täter begeht die strafbare Handlung, weil er sie wollte — hier ist sein Wille rechtswidrig — oder aber, weil er nicht anders handeln konnte — hier fehlt ihm die Fähigkeit zu einem deliktsfreien und sozialmäßigen Verhalten [23]).

Rechtswidrig ist der Wille des Individuums, wenn er darauf gerichtet ist, sich im Gegensatz zu der Rechtsordnung zu verhalten,

---

[22]) Begr. des Strafrechts 1799 S. 32.

[23]) Wüst beginnt seine Untersuchung mit den psychologischen Grundbegriffen der Unzurechnungsfähigkeit und der verminderten Zurechnungsfähigkeit. Er begründet dies damit, daß die Personen, die s. M. unterworfen werden, in der Regel unzurechnungsfähig oder vermindert zurechnungsfähig seien; er unterscheidet dabei Normale, Anormale und vermindert Zurechnungsfähige. Diese Art von Schematisierung der „Gefährlichen“ ist nicht ohne Bedenken. M. E. ist damit auch der Kreis der „Gefährlichen“ zu eng gefaßt.

d. h. eine strafbare Handlung zu begehen. Wir haben diesen rechtswidrigen Willen als eine der Hauptursachen der Gefährlichkeit anzusehen. Schwieriger aber ist es und noch wichtiger, die Ursachen des rechtswidrigen Willens zu finden. Jede strafbare Handlung des Individuums ist ein Produkt des Zusammenwirkens der inneren Persönlichkeit des Individuums und der äußeren Verhältnisse. Hier steckt die Aufgabe, von der v. Liszt[24]) spricht, wenn er eine wissenschaftliche Untersuchung des Verbrechertums verlangt, um auf Grund dieser zu einer Einteilung der Verbrecher zu gelangen. Und es ist die Frage angebracht, ob man solche individuellen Eigenschaften nennen kann, die man häufig und immer wieder bei den Verbrechern vorfindet. Das Problem erscheint unlösbar, und die gestellte Frage muß unbeantwortet bleiben. Jeder Versuch zu einer Einteilung der Verbrecher muß auf halbem Wege stecken bleiben[25]). Es erscheint unmöglich, psychische Eigenschaften zu nennen, die überall und bei jedem Individuum die starke Tendenz haben, dasselbe zum Verbrecher zu machen. Wir können aber eine Reihe Typen von Rechtsbrechern nennen, für die s. M. wegen ihrer Gefährlichkeit in Frage kommen, z. B. den geistig Minderwertigen, den Arbeitsscheuen, den Trunksüchtigen, den kriminellen Geisteskranken und den sozialen Schmarotzer. Aber auch von den bei diesen Typen von Rechtsbrechern festgestellten Zuständen vermögen wir oft nur zu sagen, daß sie, mit andern Umständen verbunden, der Kriminalität sehr förderlich sind. Sie sind Grund und oft Veranlassung der Schwäche der Widerstandskraft des Individuums: sie sind Ursache der Zustandsgefährlichkeit. Aber keiner von diesen Zuständen ist an sich ein hinreichender Grund für die tatsächliche Verbrechensbegehung. Es wird z. B. die Arbeitsscheu an sich einen reichen Nichtstuer daran nicht hindern, einen rechtmäßigen Lebenswandel zu führen. Auch läßt sich sagen, daß wir diese Zustände vor allem bei an sich schon schwachen Naturen unter den Verbrechern finden, nicht aber so sehr bei den starken und gerade darum gefährlichsten. Man denke etwa an Gewohnheitsverbrecher. Über die Ursache des rechtswidrigen Willens läßt sich heute kaum etwas so Ersprießliches sagen, daß wir sie allgemein und bei allen Individuen festzustellen vermögen. Wir müsssen uns damit begnügen, aus dem großen Block der Gefährlichkeitsursachen einige kleine Stücke loszulösen.

---

[24]) Aufsätze II S. 90.

[25]) Versuche dieser Art haben z. B. unternommen: Kraus (Psychologie des Verbrechens 1884), v. Liszt (Aufsätze II S. 182 ff. und I S. 90 ff.), Aschaffenburg (Das Verbrechen und seine Bekämpfung S. 177), ferner Ferri, Kauffmann u. a. m.

Wenn der Wille des Individuums rechtmäßig ist, so hat man dadurch noch nicht die Gewißheit, daß das Individuum auch in der Lage ist, sich dem rechtmäßigen Willen entsprechend zu verhalten. Zu dem Willen ist noch die Fähigkeit erforderlich, sich diesem gemäß zu verhalten. Der Wille mag rechtmäßig sein, fehlt die Fähigkeit, sich diesem Willen entsprechend zu verhalten, so kann das Individuum trotzdem für die Gesellschaft gefährlich sein. Die Ursache kann zunächst in einer äußeren augenblicklichen Zwangslage liegen. Dieser Fall kommt hier nicht in Frage und scheidet aus. Unser Fall ist der, daß ein Mangel in der Person zu suchen ist: entweder vermag das Individuum die Unrechtmäßigkeit der Tat nicht einzusehen oder aber, bei Vorhandensein der Einsicht, nicht danach zu handeln. Auch hier gilt dasselbe, was oben schon gesagt wurde. Auch hier können wir nur einzelne Zustände beispielsweise anführen: Geistesstörung, geistige Minderwertigkeit, Volltrunkenheit, jugendliches Alter, Entwicklungshemmungen, andere Bewußtseinstrübungen.

All die genannten Zustände sind aber niemals an sich schon gefährlich. Niemals kann aus der Feststellung des Zustandes allein auf die Gefährlichkeit des Individuums geschlossen werden. In concreto ist jedesmal zu untersuchen, ob infolge dieses Zustandes künftig strafbare Handlungen zu erwarten sind. Dabei kann aus der Dauer dieses Zustandes auf die Dauer der Gefährlichkeit geschlossen werden, von der Behebung des Zustandes kann die Behebung der Gefährlichkeit erhofft werden.

§ 3.

Die mit Strafe bedrohte Handlung als Voraussetzung der Anwendung von sichernden Maßnahmen.

Die s. M. ist ebenso wie die Strafe eine Unrechtsfolge. Dieses bedarf der näheren Begründung.

Die Notwendigkeit der Anwendung von s. M. ist durch die Gefährlichkeit des Individuums bedingt. Der Zweck der Anwendung von s. M. ist die Behebung dieser Gefährlichkeit. Wenn nun die Voraussetzung der Anwendung von s. M. die Gefährlichkeit des Individuums ist, so ergibt sich die große Frage, wann ist das Individuum gefährlich? Denn die Gefährlichkeit des Individuums ist ohne weiteres überhaupt nicht etwas sinnlich Wahrnehmbares. Exner[26]) sagt von ihr, daß sie überhaupt nichts Reales sei, sondern ein Urteil, welches ein Dritter über die Persönlichkeit spricht. Damit können wir uns aus verschiedenen Gründen nicht zufrieden geben.

---

[26]) S. 108.

Es ist als Voraussetzung der Anwendung von s. M. nicht nur die Gefährlichkeit des Individuums zu fordern, sondern auch das Vorliegen bestimmter Tatsachen, die als Symptome der Gefährlichkeit anzusehen sind. Der Gesetzgeber hat sich, um dieses vorweg zu sagen, nicht dazu verstehen können, von vornherein Gefährlichkeitssymptome so zu bestimmen, daß man beim Vorliegen dieser mit Bestimmtheit und in jedem Fall Gefährlichkeit des Individuums annehmen muß. Der Grund ist die große Schwierigkeit der Bestimmung von sicheren Anzeichen der Gefährlichkeit.

Bei der Prüfung der Frage, was als Symptom der Gefährlichkeit in Frage kommen kann, stellt sich als das untrüglichste Gefährlichkeitssymptom die mit Strafe bedrohte Handlung dar. So fordert auch Exner: „ohne festgestellte Tat keine festgestellte Gefährlichkeit und keine s. M.“[27]). Das Individuum kann durch sein unter Strafe gestelltes Handeln den sichersten Beweis für seine Gefährlichkeit liefern. Die Tat ist also gewissermaßen ein Beweismittel für die Gefährlichkeit des Täters. Daraus folgt aber noch nicht, daß die in der Vergangenheit liegende Tat für die Anwendung der s. M. maßgebend ist; denn diese ist abhängig von dem gegenwärtigen Zustande des Täters, der für die Zukunft weitere strafbare Handlungen besorgen läßt, dem „état dangereux“.

Ein zweites Moment muß ebenfalls die mit Strafe bedrohte Handlung als Voraussetzung der Anwendung von s. M. fordern: das Freiheitsinteresse. Die s. M. sind und bleiben durchweg schwere Eingriffe in die Rechtssphäre des davon betroffenen Individuums; sie stellen oft eine erhebliche Einschränkung der Freiheit des Individuums dar. Jedermann hat ein hohes Interesse daran, daß diese Freiheitsbeschränkung nicht willkürlich erfolgt. Die Freiheitsbeschränkung durch s. M. bedarf bestimmter Sicherungen vor einer willkürlichen Anwendung. Eine solche ist einmal die Unabhängigkeit der Behörde, der die Anwendung der s. M. zusteht. Mit alledem wäre aber noch lange nicht gesagt, daß die Tat Symptom der Gefährlichkeit des Individuums sein muß. Wenn Beling und Kriegsmann[28]) erklären, daß das staatliche Postulat der Freiheit lediglich die An-

[27]) Kriegsmann, Die Strafe und Sicherungsmaßregeln im Ö.E., in Aschaffenburgs Mon. 1909/10 S. 549 glaubt dem Ö.E. und damit auch dem D.E. von 1909 den Vorwurf machen zu können, daß er, statt die s. M. lediglich an den Zustand der Gefährlichkeit des Verbrechenstäters anzuknüpfen und zu dessen Feststellung alle Tatsachen genügen zu lassen, aus denen er sich zweifelsfrei ergäbe, auch für die Verhängung der s. M., wie für die Verhängung der Strafe, die urteilsmäßige Feststellung der Begehung einer rechtswidrigen Tat verlange.

[28]) So zit. bei Exner S. 111.

knüpfung an objektive Tatsachen fordere, die die Gefährlichkeit zweifelsfrei ergäben, so ergibt sich für uns daraus die Frage: gibt es solche objektiven Tatsachen? Die tatsächliche Gefährlichkeit ist eine quaestio facti. Um sie im Einzelfall zu bejahen, ist einmal der Beweis erforderlich für das Vorhandensein jener Disposition und dann der weitere Beweis, daß diese Disposition unter den konkreten Umständen das Individuum wirklich gefährlich macht. Es ist darauf zu sehen, wie sich jene psychische Disposition bei diesem Individuum unter diesen Umständen in Wirklichkeit äußert. So vermögen wir das, was geschehen wird, in der Regel nur aus dem zu schließen, was geschah, und das ist die Tat, die mit Strafe bedrohte Handlung. Man wird hier analog den bekannten Satz anwenden können: nulla poena sine crimine [29]).

Man muß aber zugeben, daß das Freiheitsinteresse nicht immer und nicht in allen Fällen die mit Strafe bedrohte Handlung als Voraussetzung der Anwendung von s. M. fordern muß und fordert. Beispielsweise kann dort eine Ausnahme gemacht werden, wo die Forderungen der gesellschaftlichen Fürsorge mit den Forderungen der Sicherung der Rechtsgüter der Gesellschaft zusammentreffen. Das Individuum braucht nicht geschützt zu werden gegen Maßnahmen, die seinem Schutze dienen. In einem solchen Falle wäre auch vom Standpunkte des Freiheitsinteresses aus gegen eine Verhängung von s. M. schon vor der Tat nichts einzuwenden. In einem solchen Falle hat es aber auch keinen Sinn, den Richter damit zu befassen. Im übrigen handelt es sich hier um Ausnahmefälle. Die Regel fordert als Voraussetzung die mit Strafe bedrohte Handlung.

> Das Ergebnis ist: Voraussetzung der Anwendung von s. M. durch den Richter ist die mit Strafe bedrohte Handlung des Individuums, und zwar, weil sie das untrüglichste Zeichen der Gefährlichkeit ist und das Freiheitsinteresse eine solche fordert [30]).

Die Frage, in welcher Beziehung das Individuum zu seiner Tat stehen muß, führt uns zu folgendem.

I. Die schuldhafte Handlung.

Wenngleich die Tat als das wichtigste Symptom der Gefährlichkeit des Individuums anzusprechen ist, so haben wir es bei ihr nur

---

[29]) Kriegsmann S. 549 lehnt die Übertragung des Satzes als ungerechtfertigt ab.

[30]) E. 1925 Begr. S. 38: „Die Tat ist nur ein Mittel der Erkenntnis der Gefahr"; E. 1927 Begr. S. 45.

mit einem äußeren Anzeichen der Sicherungsbedürftigkeit zu tun. Auch die Tat vermag nur dann der Anlaß zur Anwendung von s. M. zu sein, wenn gewisse objektive und subjektive Voraussetzungen gegeben sind[31]).

Die erste objektive Voraussetzung ist die, daß die Tat „tatbestandsmäßig" ist, d. h. einen der gesetzlichen Tatbestände erfüllt. Da ist zu sagen, daß nicht jeder Tatbestand Anzeichen der Gefährlichkeit des Individuums sein kann. Für gewisse Formen der Gefährlichkeit können nur mit Strafe bedrohte Handlungen ganz bestimmter Art als symptomatisch gelten. Nach der Verschiedenheit der verbrecherischen Disposition ist auch die Äußerung dieser Disposition verschieden. Der Gesetzgeber, in concreto der Richter, muß an eine bestimmte Gefährlichkeitsursache anknüpfen; dazu muß er natürlich die Gefährlichkeitsursache kennen. Diese wird sinnlich wahrnehmbar durch die Tat. Sehen wir z. B. die Arbeitsscheu als eine solche Deliktsquelle an, so scheiden damit von selbst eine Reihe von Deliktsarten als nicht in Betracht kommende Symptome aus, z. B. Hochverrat, Meineid, Münzverbrechen u. a. Diese ausscheidenden Deliktsarten können nicht Anlaß zur Einweisung in ein Arbeitshaus sein. Weiter ist hier zu sagen: besonders schwer in die Rechte des Individuums eingreifende s. M. sind — auch nach der Auffassung der Entwürfe — nur bei besonders hoher Gemeingefährlichkeit anwendbar[32]). Hier ist vor allem an die Maßnahme der absoluten Unschädlichmachung in Form der Verwahrung der Gewohnheitsverbrecher und der Ausweisung von Ausländern, die allerdings schon gegen den bloß lästigen Ausländer zulässig ist, zu denken. Auch an die Sterilisation ist hier zu erinnern. Symptom dieser Gefährlichkeit sind einerseits Verbrechen besonderer Schwere, andererseits Verbrechen in größerer Anzahl, die weitere Verletzungen wahrscheinlich machen[33]). Die äußere Tat allein läßt einen Rückschluß auf das Wesen des Täters ohne weiteres nicht zu, und eine Bestimmung seiner Gefährlichkeit wäre undenkbar. Es muß auch eine subjektive, doch stets

---

[31]) Siehe Exner S. 125.

[32]) E. 1927 Begr. S. 45: „Die s. M. dient zur Bekämpfung ernsterer Gefahren für die Rechtsordnung." Eine Verhängung von s. M. bei Übertretungen wird ausdrücklich im § 382 abgelehnt.

[33]) Siehe dazu Begr. des E. 1909 S. 151: „Bei der tiefgreifenden Bedeutung der Maßnahme für den Betroffenen erschien es geboten, für die Straftat, die für den Zustand der Verwahrlosung als Symptom wirkt, eine gewisse tatsächliche und rechtliche Erheblichkeit zu fordern, da regelmäßig nur eine solche Tat einen wirklich zuverlässigen Schluß auf jenen Zustand zulassen wird und die Nachhaft als Folge einer ganz unbedeutenden Gesetzesübertretung leicht als unbillige Härte empfunden würde.

symptomatische Beziehung zwischen Tat und Täter bestehen. Es wurden schon oben der rechtswidrige Wille und die Unfähigkeit zu sozialem Verhalten als die beiden Quellen der Gefährlichkeit erkannt. Bei Vorhandensein des rechtswidrigen Willens ist schon eine innere Beziehung zwischen Tat und Täter vorausgesetzt. Dieses ist das, was wir die Schuldbeziehung nennen. Nur wenn der Täter vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat, kann sein Verhalten als Symptom eines rechtswidrigen Willens in Betracht kommen. Die Tat muß aber nicht nur als Ausfluß eines augenblicklichen Willensentschlusses, sondern als das Ergebnis einer dauernd gefährlichen Willensrichtung angesehen werden können. So heißt es mit Recht im DVE.: „Nicht immer, wenn ein Jugendlicher ein Verbrechen begeht, läßt es auf gefährliche Verwahrlosung schließen, nicht immer, wenn ein trunksüchtiger Arbeitsscheuer kriminell wird, handelt es sich um gefährliche Trunksucht. Nur wenn die Tat als Folge mangelhafter Erziehung anzusprechen ist, nur wenn der Täter wegen Trunksucht oder Arbeitsscheu das Verbrechen begangen hat, ist dieser Schluß zulässig. Aus alledem ergibt sich für uns, daß nur eine symptomatische Tat Anlaß zur Sicherung sein kann[34]).

So kommen wir zu dem Ergebnis, daß die mit Strafe bedrohte Handlung nur dann Anlaß zur Anwendung von s. M. sein kann, wenn sie dem Willen des Täters entstammt und dieser Wille einer dauernd gefährlichen Anlage bei dem Täter entspringt.

II. Die schuldlose Handlung.

Die Ausführungen im vorigen Abschnitt sollen nicht etwa besagen, daß nur die schuldhafte Tat Symptom der Gefährlichkeit sein kann. In weit größerem Maße kann die Tat des unzurechnungsfähigen und des vermindertzurechnungsfähigen Täters für die Gefährlichkeit symptomatisch sein. „Es wäre inkonsequent, wenn die Urheber solcher Angriffe auch dann bestraft würden, wenn sie für die Wirkung der Strafe von vornherein unempfänglich, also kriminal-

[34]) Dagegen Birkmeyer, Beiträge II S. 37—38. Ebenda ist m. E. nur äußerlich gesehen, wenn B. sagt, daß die Zulässigkeit einer s. M. überhaupt, die Bestimmung ihrer Art und die Bemessung ihrer Dauer nie bedingt sein dürfe durch die Höhe der Strafbarkeit der die äußere Veranlassung der s. M. bildenden verbrecherischen Handlung, weil ihr innerer Grund nur der von dieser Strafbarkeit möglicherweise völlig unabhängige Zustand des Täters und nicht die Straftat bildet (S. 39). Dieser Gedankengang steht meines Erachtens nicht mit obigen Ausführungen in Widerspruch, trifft aber nicht den Kern der Sache.

politisch betrachtet, nicht strafbar sind. Hier sind unter bestimmten Voraussetzungen s. M. geboten. Dies trifft nicht nur für die Unzurechnungsfähigen zu, die ohnehin ausscheiden, sondern namentlich für gewisse Klassen von Delinquenten, die entweder noch nicht reif sind für die Strafe oder die für die Wirkung der Strafe völlig abgestumpft sind (die immer wieder Rückfälligen) oder die ihres krankhaften oder verkommenen Zustandes wegen (geistig Anormale, Trunksüchtige, Liederliche) zunächst einer andern Behandlung bedürfen [35]). Aber auch bei solchen Individuen gilt: der objektive Tatbestand kann allein niemals Symptom der Gefährlichkeit seines Urhebers sein. Nicht jeder Trunkene, der ein fremdes Gut beschädigt, ist eine gefährliche Person, nicht bei jedem Geisteskranken, der einen Menschen körperlich verletzt, ist eine Zustandsgefährlichkeit festzustellen. Es könnte ja die Verletzung auch auf Zufall beruhen. Im Sinne des Strafrechts ist jeder unverschuldet angerichtete Schaden „zufällig". Die strafrechtliche Schuldlehre kann sich dabei beruhigen. Bei den s. M. ist es aber anders; hier gilt es, auch Maßregeln gegen schuldlose Personen zu verhängen. Die Frage ist nur, unter welchen Voraussetzungen ist eine schuldlose Handlung Anzeichen für die Gefährlichkeit des Urhebers. Hier kann im wesentlichen den Ausführungen von Exner [36]) gefolgt werden, der davon ausgeht, innerhalb der unverschuldeten Verletzungen zwischen „zufälligen" und „nicht zufälligen" zu unterscheiden, zwischen solchen nämlich, die in keinerlei Beziehung zum Subjekt stehen, und solchen, die zu dem Zustand des Individuums in Beziehung stehen, d. h. ihm adäquat sind und darum eine Handhabe bieten zur Prognose seines weiteren Verhaltens. Nach Exner wollen die früheren Entwürfe nicht jede objektiv rechtswidrige Handlung als Symptom aufgefaßt wissen. Tatsächlich kann eine Handlung, die in einer auch für den normalen Menschen völlig unvorhergesehenen Weise fremde Güter verletzt, niemals Symptom der Gefährlichkeit eines Unzurechnungsfähigen sein. Die Ursache der Verletzung liegt hier nicht in seinem Zustand, sie liegt vielmehr in der Unzulänglichkeit des menschlichen Geistes überhaupt. So kommt Exner dazu, zu sagen, daß die Tat nur dann als Symptom der Gefährlichkeit verwertet werden kann, wenn sie dem Zustande ihres Urhebers adäquat ist [37]). Dieses Verhältnis könnte ein zweifaches sein [38]). Es kann analog dem Vorsatz sein und in

---

[35]) Stooß, Schw. Z. XV S. 392.
[36]) S. 135.
[37]) S. 137.
[38]) Es entspricht damit den von uns im § 2 festgestellten Ursachen des rechtswidrigen Willens.

einem Wollen bestehen. Es kann ein der Fahrlässigkeit analoges Verhältnis sein, ein Verhältnis zum Erfolg nämlich, dadurch charakterisiert, daß unter gleichen Umständen ein Normalmensch den Schaden vorausgesehen und vermindert hätte. Die Tat ist hier nur Grund der Erkenntnis der sozialen Unfähigkeit des Individuums, wenn die Unfähigkeit Realgrund der Tat ist[87]). Aber die schuldlose Handlung verlangt auch eine gewisse innere Beziehung zum Täter. Sie muß entweder gewollt oder objektiv voraussehbar gewesen sein. Erst dann ist der Wahnsinn, die Trunkenheit wirklich Grund der Verletzung und diese Verletzung daher Erkenntnisgrund. Im ersten Fall beweist die Handlung die Unfähigkeit zu normalem Wollen, im zweiten Fall zu normaler Voraussicht.

Ein kurzes Wort wäre hier auch noch über die Tat der vermindert Zurechnungsfähigen zu sagen. Im Strafrecht ist die verminderte Zurechnungsfähigkeit ein Strafmilderungsgrund. Der vermindert Zurechnungsfähige ist zurechnungsfähig. Damit sind diese Individuen von den Unzurechnungsfähigen getrennt. Für den vermindert Zurechnungsfähigen ist aber an sich wie für den Zurechnungsfähigen als Folge seiner Tat die Strafe bestimmt. Besteht schon eine große Meinungsverschiedenheit unter Medizinern und Juristen, wie diese Individuen zu bestrafen sind, so herrscht erst vollends Streit über die Anwendung der s. M. bei vermindert Zurechnungsfähigen. Eine gesetzliche Regelung der Frage der Anwendung von s. M. bei vermindert Zurechnungsfähigen ist unbedingt erforderlich. Gibt es doch vermindert Zurechnungsfähige, die überhaupt keine Strafe, auch keine Milde, ertragen. Bedeutet doch in vielen Fällen die verminderte Zurechnungsfähigkeit eine Erhöhung der an sich schon bei dem Individuum bestehenden Gemeingefährlichkeit. Besteht doch bei den vermindert Zurechnungsfähigen eine Gefährlichkeit auch schon ohne eine vorher begangene Tat.

Aber auch bei den vermindert Zurechnungsfähigen muß aus den schon festgestellten Gründen eine Tat als Voraussetzung der Anwendung von s. M. gefordert werden. Allerdings muß die Tat, genau so wie bei den übrigen Individuen, auch eine symptomatische sein.

§ 4.

Die sichernde Maßnahme nach dem Entwurf von 1927.

Der E. 1927 führt im 8. Abschnitt des allgemeinen Teils Maßregeln der Besserung und Sicherung auf. Durch die dem Abschnitt gegebene Überschrift ist der Begriff der s. M., wenigstens rein äußerlich — hinsichtlich des Zwecks — unerwünscht eingeengt. Wir haben es

aber zweifellos hier mit den als s. M. in Frage kommenden Maßregeln zu tun.

Im einzelnen führt der E. im 8. Abschnitt auf:

1. die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt,
2. die Unterbringung in einer Trinkerheilanstalt oder in einer Entziehungsanstalt,
3. die Unterbringung in einem Arbeitshaus,
4. die Sicherungsverwahrung,
5. die Schutzaufsicht,
6. die Reichsverweisung.

Bei Prüfung der vom E. vorgeschlagenen Unrechtsfolgen kann es m. E. zur Feststellung der s. M. nicht darauf ankommen, ob diese gerade im 8. Abschnitt aufgeführt sind oder nicht.

Wenn wir von dem bisher gewonnenen Begriff der s. M. ausgehen, so hat der E. 1927 im Gegensatz zum E. 1925 die Maßregeln der Einziehung und Urteilsbekanntmachung mit Recht aus der Gruppe der Maßregeln der Besserung und Sicherung ausgeschieden. Die Maßnahme der Einziehung mußte deshalb als s. M. ausscheiden, weil Gegenstand der s. M. nur der gefährliche Mensch sein kann. Die Urteilsbekanntmachung bedeutet keine Einwirkung auf die Person des Verurteilten, allerdings ist sie in der Regel auch nicht immer eine Leidzufügung. Die Maßnahmen des Verlustes der Amtsfähigkeit, des Wahl- und Stimmrechts sind vom E. 1927 richtig zu den Nebenfolgen und Nebenstrafen gezählt; denn diese verhalten sich der Leidzufügung nicht indifferent, sie enthalten im Gegenteil vorherrschend das Übelsmoment der Strafe. Dagegen ist der vom E. 1927 im 6. Abschnitt aufgeführte „bedingte Straferlaß" als s. M. anzusprechen; denn die bedingte Strafaussetzung mit Aussicht auf späteren Erlaß der Strafe will gerade das der Strafe wesentliche Übelsmoment beseitigen und dabei der Sicherung der Gesellschaft vor einem Individuum, das seine Gefährlichkeit durch die Straftat bewiesen hat, dienen. Schließlich ist auch noch darauf hinzuweisen, daß der E. 1927 die vom E. 1925 als s. M. aufgeführte Maßnahme des Wirtshausverbots nicht mehr enthält, und zwar, wie sich aus der Begr.[39]) ergibt, weil die Durchführung des Wirtshausverbots in großen Städten so gut wie unmöglich sei und auf dem Lande und an kleinen Orten vielfach zu Unzuträglichkeiten und Reibungen führe, die nicht im rechten Verhältnis zu dem Nutzen der Maßregel ständen. Ganz abgesehen davon kann es bei dem Wirtshausverbot sehr zweifelhaft sein, ob nicht bei ihm

[39]) S. 44.

das Übelsmoment derart überwiegt, daß von einer s. M. nicht mehr die Rede sein kann.

Nach dieser kurzen Übersicht über die vom E. 1925 vorgeschlagenen s. M. soll nunmehr an Hand dieser die Bedeutung der Rechtsfolgen der s. M. im einzelnen untersucht werden.

II. Teil.

Die Rechtsfolgen der Strafe und der sichernden Maßnahmen.

§ 5.

Strafe und sichernde Maßnahme als Unrechtsfolgen.

Der Schw.StrGE. von 1903 ist der erste, der ein ausgebautes Netz von s. M. aufgenommen hat. Ihm sind die übrigen Entwürfe gefolgt. Das Neue, das der SchwE. gebracht hat, ist vor allem der grundlegende Gedanke, für die s. M. die Zuständigkeit des Strafrichters zu begründen[40]) oder m. a. W. die Einführung der s. M. als ein geschlossenes System in das Strafrecht. Wir haben damit zwei Unrechtsfolgen innerhalb des Strafrechts[41]).

Die Frage, ob zwischen den beiden Unrechtsfolgen begrifflich ein wesentlicher Unterschied besteht, haben wir nach dem ersten Teil der Arbeit zu bejahen. Die Frage wird von den Anhängern der klassischen Schule größtenteils bejaht, von denen der modernen Schule verneint[42]). Sie ist die entscheidende Vorfrage für die praktische Verwertung beider Institute.

Der grundlegende Unterschied zwischen Strafe und s. M. ist der, daß die Strafe absichtliche Leidzufügung ist, während die s. M. kein Leid sein will. Die Strafe findet ihren Grund und ihr Maß in einem einzelnen rechtswidrigen Vorgang der Vergangenheit, die s. M. neben diesem Vorgang vor allem in dem Gefahrzustand der Gegenwart, der sich in Widerrechtlichkeit bereits entladen hat und noch entladen könnte. Die Strafe ist durchaus subjektiv gehalten, die s. M. wird ebenso entschieden von dem objektiven Schutzbedürfnis der

---

[40]) Siehe Stooß, Mon. f. Krimps. 8 S. 368.

[41]) Rosenfeld (Ö. Z. 1910 S. 309) spricht hier von einer doppelten Methode der Verbrechensbekämpfung; Hafter (Schw. Z. 17 S. 211) prägte den Ausdruck der „Zweispurigkeit" des Strafrechts.

[42]) Siehe dazu Ö. Z. 1916 S. 21; auch Birkmeyer, Rechtsmethode S. 9.

Gesellschaft diktiert. Die erstere ist vom ethischen Standpunkte gerechtfertigt und vom Gerechtigkeitsempfinden des Volkes gefordert, die andere schlechthin von den Erwägungen der Nützlichkeit und Zweckmäßigkeit eingegeben. Bei der Strafe ist die Anpassung oder Ausscheidung der Gefährlichen nur Nebenzweck, dort sind beides Hauptziele. Die s. M. enthält in der Regel keinerlei rechtlich-sittliche Mißbilligung: ein Individuum kann ebensosehr des Mitleids bedürftig als wegen seiner Gefährlichkeit zu fürchten sein. Darum kann die s. M. nur eine „Behandlung" der Person sein, d. h. sie strebt eine Wohltat für den Betroffenen an, der für die Teilnahme am Rechtsleben wieder befähigt oder davor bewahrt werden soll, sich oder anderen schädlich zu werden. Die s. M. verhält sich der Leidzufügung gegenüber indifferent.[43])

Was die von dem E. 1927 (Begr. S. 44) vorgeschlagene Regelung anlangt, so steht auch der Entwurf auf dem Standpunkt, daß beide Unrechtsfolgen begrifflich Gegensätze sind[44]). Dieser Gegensatz ist nicht nur der äußeren Trennung der Strafe von den s. M. zu entnehmen, sondern auch ausdrücklich in der Begründung S. 37 ff. mitgeteilt. Das Strafrecht bleibt, wenn auch ein neues System neben das bisherige gesetzt wird, völlig intakt. Fraglich ist nur die Rolle und Bedeutung, die die s. M. im Strafrechtssystem einnehmen soll. Es bleibt zu untersuchen, ob die s. M. durch die Einführung in das Strafrecht in irgendeiner Weise von der Strafe beeinflußt wird. Rein äußerlich ist nicht zu leugnen, daß die Maßregel eben einen anderen Charakter trägt, wenn der Verwaltungsbeamte oder wenn der Strafrichter die Maßregel verhängt. Schon dadurch, daß letzterer die Maßregel ausspricht, erhält sie einen Anflug von Strafcharakter, wenigstens in den Fällen, wo es sich um einen zurechnungsfähigen Täter handelt. Beiden Maßregeln muß eine mit Strafe bedrohte Handlung vorausgegangen sein. Auch dieser Umstand wird nicht verfehlen, seine Wirkung zu äußern. Wenn der Täter vom Straf-

[43]) Siehe dazu auch Hafter, Lehrb. S. 241/42: „Gleichwie die Strafe ist zwar auch die strafrichterliche Maßnahme ein (staatlich) verletzender Eingriff in Rechtsgüter einer Person, vor allem in seine Freiheit. Regelmäßig wird sie der Betroffene auch als Übel empfinden."

[44]) Auf dem Standpunkt der begrifflichen Verschiedenheit von Strafe und s. M. stehen auch: SchwVE. 1903, D. E., DVE., DGE., Ö. E. und tschecho-slowakischer E. von 1921. Für Sauer (S. 192) besteht diese Verschiedenheit nur abstrakt, konkret nicht. Begrifflich Gegensätze sind Strafe und s. M. auch für: Binding, Abhandl. I S. 92; Meyer-Allfeld S. 302; v. Hippel, Z. 30 S. 900. Beling (Vergeltungsgedanke S. 122) und v. Liszt (Aufs. II S. 236) vergleichen sie mit zwei sich schneidenden Kreisen. Nach Klee S. 124 unternimmt der Entwurf den vergeblichen Versuch, darzutun, daß Strafe und s. M. verschieden seien.

richter zu einer s. M. verurteilt wird, so wird eben in der Meinung der Volksgenossen die s. M. sehr leicht als Strafe gewertet werden. Aber die s. M. sind und bleiben trotzdem, was sie sind: Nicht-Strafen. Daß sie in manchen Fällen wie Strafe wirken, soll zugegeben werden, das ändert jedoch nichts an ihrem Grundcharakter.

Wenn wir nunmehr an unsere Untersuchung mit der bisher gewonnenen Verschiedenheit von Strafe und s. M. herangehen, so werden die weiteren Erörterungen gerade die Richtigkeit des bisher gewonnenen Ergebnisses zeigen.

§ 6.

Die Anwendung der Grundsätze des Strafrechts auf die sichernden Maßnahmen.

Es ist hier nicht der Ort, auf den Streit der Strafrechtsschulen einzugehen, der wegen der Einführung von s. M. in das geschlossene Strafrechtssystem besonders heftig geworden ist. Wenn wir auch tatsächlich einzelne s. M. bereits in dem noch geltenden StrGB. haben — allerdings unter Verkennung ihres Charakters als s. M. —, so können wir von einer Einführung von s. M. in Erkennung und Berücksichtigung ihres Charakters doch schon seit Inkrafttreten des JGG. sprechen, wenn auch wieder praktisch das JGG. keine so gänzliche Neuheit bedeutet. Durch den E. 1927 sollen aber nunmehr für das ganze Strafrecht s. M. als System eingeführt werden. Darin liegt m. E. der Unterschied und der große Fortschritt gegenüber dem bisherigen Zustand. Es muß aber den Theoretiker von vornherein unbefriedigt lassen, wenn er zwei Systeme in eins gebracht sieht. Der Praktiker sieht sich durch die Aufnahme des Begriffs der s. M., der „mesure de sûreté", wie der französische Text des SchwVE. sagt, einer Reihe von Schwierigkeiten gegenübergestellt. Muß das herkömmliche Strafen-Strafrecht je nach dem Standpunkt, von dem man ausgeht, eine Erweiterung oder Umwälzung von Grund auf erfahren?[45])

Die erste Schwierigkeit für den Richter besteht darin, ob und inwieweit er die allgemeinen Grundsätze des Strafrechts auch auf die s. M. anwenden kann, ob eine Übertragung der Grundsätze des Strafrechts auf die s. M. mit dem Wesen dieser vereinbar ist. Eine zweite Schwierigkeit besteht in der Frage, ob Strafe und s. M. nebeneinander oder die eine Maßnahme an Stelle der andern verhängt werden kann. Welche Bedeutung hat die s. M. in ihren Rechtsfolgen?

[45]) Bejahend Hafter, Schw. Z. 17 S. 211.

Eine Beantwortung der Frage ist um so schwieriger, als der E. 1927 diese zwar im Prinzip beantworten will[46]), im einzelnen jedoch dazu kaum eine Regelung getroffen hat. Dazu kommt noch, daß die vielen äußerlichen Zusammenhänge und Beziehungen zwischen Strafe und s. M. eine klare Stellungnahme in mancherlei Hinsicht erschweren[47]).

Die Entwürfe von 1925 und 1927 erklären übereinstimmend (Begr. S. 37, 44) grundsätzlich, daß verschiedene für die Strafe geltende Bestimmungen auf die s. M. nicht anwendbar seien. Die Entwürfe sagen also nicht, daß die allgemeinen Grundsätze des Strafrechts von vornherein auf die s. M. nicht anwendbar seien. — In Frage kommen hier die im allgemeinen Teil des StrGB. enthaltenen Grundsätze. — Doch ist aus dem Wortlaut und Sinn dieser Erklärung m. E. zu schließen, daß die Verfasser des Entwurfes von dem richtigen Standpunkte ausgegangen sind, die allgemeinen Grundsätze des Strafrechts in ihrer Gesamtheit auf die s. M. nicht zu übertragen. Eine allgemeine Übertragung muß schon deshalb abgelehnt werden, weil die s. M. auch nicht untereinander gleichgestellt werden können. Jede s. M. will vor allem die Einzelpersönlichkeit erfassen und berücksichtigen. Die Verschiedenheit der Individuen bedingt verschiedene s. M. Somit kann jede s. M. sich von der anderen wesentlich unterscheiden. Eine Gleichstellung der s. M. untereinander ist deshalb ausgeschlossen. Wenn darum die allgemeine Übertragung der Grundsätze des Strafrechts auf eine bestimmte s. M. zugelassen werden kann, so ist damit eine Übertragung auf andere s. M. noch nicht begründet. Und völlig korrekt ist dann in der Begründung ausdrücklich gesagt, wo die Grundsätze des Strafrechts auf die s. M. übertragen werden sollen[48]). Wenn die äußere Trennung der Strafe und der s. M. in zwei verschiedene Abschnitte den Schluß zuläßt, daß der Gesetzgeber die Trennung scharf durchführen will, so ist andererseits aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber in den Fällen, in welchen er eine Übertragung der Grundsätze des Strafrechts auf die s. M. zulassen will, dies ausdrücklich betont hat, zu schließen, daß er die Grundsätze des Strafrechts in ihrer Gesamtheit nicht auf die s. M. übertragen will. Wenn der Gesetzgeber die allgemeine Übertragung ablehnt, so muß er in jedem einzelnen Falle bestimmen, ob der in Frage kommende allgemeine Grundsatz des Strafrechts sich auf die

[46]) Begr. S. 44.

[47]) Es wäre hier auf die interessanten Ausführungen von Wüst zu verweisen, der die s. M. in gemischte und in reine s. M. einteilt, je nachdem, ob sie sich dem Übelscharakter der Strafe nähern.

[48]) Begr. S. 44 ff.

s. M. übertragen läßt und ob er ihn in dieser Übertragung zur Anwendung bringen will. Der Entwurf enthält in seiner Begründung darüber nur wenige Ausführungen. Daß dieses eine bedenkliche Unsicherheit hervorrufen muß, ist nicht zu verkennen. Andererseits aber geht es m. E. auch nicht an, beispielsweise über die Zumessung, Schärfung und Milderung von s. M. bindende allgemeine Grundsätze aufzustellen. Die s. M. vertragen an sich schon keine so starre Regelung wie die Strafe. Bei den s. M. sollen vor allem Zweckmäßigkeitsrücksichten maßgebend sein, die jeweils im einzelnen Falle als besonders ausschlaggebend erscheinen; sie sollen ihrem Wesen nach viel mehr neben der einzelnen Tat vor allem den Täter berücksichtigen; sie sind durchaus Gelegenheitsmaßregeln, deren Art und Verwendung völlig durch den einzelnen Fall bestimmt wird; sie sind nach ihrer Art so sehr verschieden, daß schon aus diesem Grunde der Gesetzgeber keine allgemeinen Regeln aufzustellen in der Lage ist. Wie das Sicherungsbedürfnis der Gesellschaft von Fall zu Fall je nach dem in Frage stehenden Individuum verschieden ist, so ist naturgemäß auch die Anwendung der s. M. verschieden.

Aber auch vom Standpunkte der Theorie wäre zu der Frage der Übertragung der Grundsätze des Strafrechts noch Stellung zu nehmen. Wenn man von dem Wesen der s. M. und von der begrifflichen Verschiedenheit beider Unrechtsfolgen ausgeht, so muß man auch von diesem Standpunkte aus zu der Ablehnung der besagten Übertragung kommen. Da aber manche s. M. in der Praxis Strafcharakter haben können und sich für das von ihnen betroffene Individuum als Übel darstellen, andererseits aber auch die gesamten s. M. so eng mit dem Strafrechtssystem verbunden sind, so könnten doch noch Zweifel auftauchen, ob die Übertragung nicht doch zuzulassen wäre. Hafter[49]) glaubt, der Grund, warum es im einzelnen Falle zweifelhaft sein könne, ob die allgemeinen Lehren des Strafrechts bei den s. M. zur Anwendung gelangen oder nicht, sei darin zu finden, daß man aus dem Geist des Gesetzes heraus die Antwort zu geben habe. Da aber bei einzelnen Maßnahmen Strafcharakter und Sicherungsidee verwischt seien, so komme es eben darauf an, ob man im konkreten Falle in der betreffenden s. M. mehr den Strafcharakter oder mehr den Sicherungscharakter prävalieren lassen wolle. Je nach dieser Auffassung werde dann auch die Antwort ausfallen. Wenn auch dem ersten Teil dieses Gedankengangs durchaus zuzustimmen ist, so ist er in seiner Gesamtheit m. E. doch abzulehnen.

---

[49]) In seinem Vortrag vor der Versammlung der Schw. Landesgruppe der IKV. Zürich 1903, zit. bei Wüst S. 164.

Der Gesetzgeber statuiert zweifellos einen Gegensatz zwischen beiden Unrechtsfolgen, und, wenn einzelne s. M. das Übelsmoment der Strafe tragen sollten, so faßt er sie doch nie als Strafe auf, sondern sie sind auch für ihn s. M. Es liegt im Willen des Gesetzgebers und im Geiste des Gesetzes, beide Unrechtsfolgen zu trennen, und das muß uns dazu bringen, eine Übertragung der allgemeinen Grundsätze des Strafrechts auf die s. M. abzulehnen.

> Die allgemeinen Grundsätze des Strafrechts sind in ihrer Gesamtheit auf die s. M. nicht übertragbar[50]). Eine allgemeine Regelung der Übertragung einzelner Grundsätze auf die s. M. ist unmöglich[51]).

Wir haben nunmehr zu untersuchen, welche von den einzelnen Rechtsfolgen der Strafe auf die s. M. übertragen werden können.

§ 7.
Die zeitliche Geltung der Strafgesetze für die sichernden Maßnahmen.

Die Strafbarkeit einer Tat muß durch ein Gesetz zur Zeit ihrer Begehung bestimmt sein, d. h. die Tat muß vor ihrer Begehung für strafbar erklärt sein. Grundsätzlich ist für die Art und Höhe der Strafe das zur Zeit der Tat geltende Gesetz maßgebend. Aber die Strafbarkeit einer Tat erlischt, wenn das Gesetz außer Kraft tritt, welches diese Tat mit Strafe bedrohte. Falls das neue Gesetz die Strafbarkeit der Tat zwar bestehen läßt, die Strafandrohung aber ändert, so ist die Strafe dem milderen Gesetz zu entnehmen[52]).

Kann diese Regelung auch für die s. M. in Frage kommen? Vom Standpunkte der Verschiedenheit der Strafe und der s. M. aus wäre die Frage sofort zu beantworten. Der E. 1927 hat aber für die Maßregeln der Besserung und Sicherung noch ausdrücklich eine von der Strafe abweichende Regelung gebracht. Gemäß § 4 ist über s. M. nach dem Gesetz zu entscheiden, das zur Zeit der Entscheidung gilt. Diese Regelung hängt naturgemäß mit der Eigenart der s. M. zusammen. Bei der s. M. ist ein Zustand zu beurteilen, der durch die Tat sinnlich wahrnehmbar geworden ist. Die Frage ist, ob dieser Zustand zur Zeit der Entscheidung noch besteht oder nicht. Danach

---

[50]) So auch Wüst S. 165.

[51]) Im E. 1927 Begr. S. 44 heißt es: „Mit der Wesensverschiedenheit von Strafe und s. M. hängt es zusammen, daß verschiedene für jene geltende Bestimmungen auf diese nicht anwendbar sind und durch Sondervorschriften ersetzt werden müssen."

[52]) E. 1927 Begr. S. 7.

ist die s. M. zu verhängen. Eine solche Regelung liegt nicht zuletzt im Interesse des Täters selbst.

> Für die Verhängung von Strafe ist grundsätzlich das zur Zeit der Tat, für die Verhängung von s. M. das zur Zeit der Entscheidung geltende Gesetz maßgebend.

§ 8.

Die sichernde Maßnahme und die Strafbemessung.

Was die Strafe angeht, so ist ihre Dauer nach geltendem Recht im großen und ganzen fest bestimmt. Der Richter hat allerdings, wenn er eine Strafe verhängen will, häufig die Wahl zwischen verschiedenen Strafarten und bei Geld- und Freiheitsstrafen zwischen verschiedenen Strafgrößen. Er ist aber in der Regel an die für die bestimmte Strafart festgesetzte Höchst- und Mindestgrenze gebunden. Innerhalb dieser Grenzen hat der Richter die Strafe zu bemessen. Insoweit kann man von einer fest bestimmten Dauer bzw. Höhe der Strafe sprechen. Auch die Entwürfe haben im wesentlichen diese Regelung beibehalten. Allerdings ist, abgesehen von der Todesstrafe, im E. keine Strafe hinsichtlich ihrer Dauer derart fest bestimmt, daß von einer von vornherein festliegenden Dauer gesprochen werden kann; denn bestimmt ist die Dauer der Strafe nur innerhalb eines bestimmten Strafrahmens. Diesen hat der Richter bei der Bemessung der Strafe zu berücksichtigen. Daneben aber sollen bestimmte Umstände berücksichtigt werden, die nach geltendem Recht schon in der allgemeinen Verfügung des Justizministers vom 8. März 1926[53]), nach dem E. im § 67, enthalten sind. In der letzteren Bestimmung heißt es u. a.: „Bei der Zumessung der Strafe soll das Gericht abwägen, inwieweit die Tat auf einer verwerflichen Gesinnung oder Willensrichtung des Täters und inwieweit sie auf Ursachen beruht, die dem Täter nicht zum Vorwurf gereichen."

I. Die grundsätzliche Bemessung der sichernden Maßnahmen.

Es braucht wohl nicht besonders hervorgehoben zu werden, daß die oben erwähnten Grundsätze der Strafbemessung für die Bemessung von s. M. nicht in Frage kommen können. Und zwar nicht zuletzt deshalb, weil das Schuldmoment bei der Strafzumessung eine ausschlaggebende Rolle spielen soll, die Frage der Schuld aber, wie wir gesehen haben, mit der Verhängung von s. M. nichts zu tun hat.

---

[53]) JMBl. S. 1126.

Eine grundsätzliche Entscheidung, wie s. M. zu bemessen sind, muß von dem Wesen und Zweck der einzelnen s. M. ausgehen. Das Wesen der s. M. erfordert, daß s. M. grundsätzlich so lange zu bemessen sind, als die Gefährlichkeit andauert[54]). Aber nicht nur aus dem Wesen, sondern auch aus dem Zweck der s. M. heraus muß man zu dieser Entscheidung kommen. Der Zweck der s. M. ist, die in dem Individuum liegende Gefährlichkeit zu beheben. Die s. M. kann ihrer Natur nach keiner zeitlichen Beschränkung unterworfen sein. Strafen und s. M. sind grundsätzlich durch die Dauer verschieden. Die Grundsätze der Strafzumessung sind auf die s. M. nicht anwendbar, die gesetzlichen wie richterlichen Zumessungsgründe der Strafe sind mit dem Wesen und Zweck der s. M. unverträglich. Die s. M. erfordern bei ihrer Bemessung die Anwendung von Gesichtspunkten eigner Art.

Wie schon hervorgehoben, ist die Strafe hinsichtlich ihrer Dauer mehr oder weniger fest bestimmt. Anders bei den s. M. Es widerspricht schon an sich dem Wesen der s. M., wenn im Gesetz eine zeitliche Beschränkung ihrer Dauer vorgesehen ist[55]). Die Verfasser des E. 1909[56]) haben schon für die s. M. die Verhängung auf unbestimmte Zeit als das prinzipiell Richtige anerkannt. Auch die E. 1925 und 1927 kennen im Prinzip keine bestimmte Bemessung der Dauer der s. M. Allerdings haben wir bei den s. M. zwei Ausnahmen. Im E. 1927 § 60 heißt es, daß die Unterbringung — der für die öffentliche Sicherheit gefährlichen Gewohnheitsverbrecher — so lange andauert, wie es der Zweck der Anordnung erfordert. Dann heißt es aber weiter, daß die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt oder in der Sicherungsverwahrung drei Jahre nur überschreiten darf, wenn das Gericht sie vor Ablauf dieser Frist von neuem anordnet. Die Regelung hält aber den oben erkannten Grundsatz, daß die s. M. so lange anzudauern haben, als der Zustand andauert, durchaus aufrecht. Sie will nur einem mißbräuchlichen und unbilligen Verfahren der Einschränkung der bürgerlichen Freiheit den Boden entziehen. Eine so tief in die persönliche Freiheit eingreifende Maßregel muß mit besonderen Kautelen für jeden Staatsbürger verbunden sein. Das ist hier der Fall. Das Gericht soll gezwungen

---

[54]) Zustimmend Wüst S. 157; Birkmeyer, Beiträge II S. 24; v. Liszt in Ö. Z. I S. 22: „Wenn der gefährliche Zustand besondere Maßregeln zum Schutze der Gesellschaft notwendig macht, so werden diese grundsätzlich so lange fortzudauern haben, als der Zustand der Gefährlichkeit besteht."

[55]) Auch der DVE. I S. 314 will die Prinzipien der Strafbemessung auch auf die s. M. anwenden.

[56]) Begr. S. 360.

sein, nach Ablauf einer bestimmten Zeit die etwa noch weiter andauernde Gefährlichkeit des Individuums nachzuprüfen, bzw. erneut festzustellen. Die zweite Ausnahme von der Regel gibt im E. 1925 der § 52. Nach dieser Bestimmung hat das Gericht die Möglichkeit, jemandem, der in der Trunkenheit zu Ausschreitungen neigt, und der wegen einer Tat, die er in selbstverschuldeter Trunkenheit begangen hat, oder der wegen Volltrunkenheit verurteilt ist, für eine bestimmte Frist allgemein den Besuch von Wirtshäusern zu verbieten[57]). Gemäß Abs. 2 ist diese Frist auf mindestens drei Monate und höchstens ein Jahr zu bemessen. Nach E. 1927 § 60 Abs. 2 darf auch die Unterbringung in einer Trinkerheilanstalt oder in einer Entziehungsanstalt nicht länger als zwei Jahre dauern. Bei der Maßnahme des bedingten Straferlasses liegt in der Anordnung der Probezeit übrigens auch eine bestimmte Bemessung der Dauer der s. M. vor. Die Unterbringung in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt[58]) und auch die Unterbringung in einem Arbeitshaus darf im allgemeinen zwei Jahre nicht übersteigen. War der Verurteilte schon einmal in einem Arbeitshaus oder nach § 58 Abs. 3 E. 1927 in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt untergebracht, so darf die Unterbringung in einem Arbeitshaus drei Jahre nur übersteigen, wenn das Gericht sie vor Ablauf dieser Frist von neuem für zulässig erklärt (E. 1927 § 60). Aber bei den oben genannten Ausnahmen dürfte wohl nicht zu bestreiten sein, daß sich diese Bestimmungen mit dem Wesen der s. M. sehr wohl vereinbaren lassen. Die Rücksichten auf die bürgerliche Freiheit in Verbindung mit der Tatsache, daß die Gefährlichkeit nach einer gewissen Zeit erfahrungsgemäß gebannt ist, lassen eine Festsetzung von Höchstgrenzen für gewisse s. M. durchaus zu. Im allgemeinen ist es Sache des konkreten Falles, bei Anwendung von s. M. ihre Dauer zu bestimmen. Diese Bestimmung der Dauer muß ganz dem Richter überlassen bleiben, hier darf der Gesetzgeber im allgemeinen nichts vorschreiben. Dem Richter bindende Vorschriften an die Hand zu geben, vertrüge sich nicht mit dem Wesen der s. M.[59]).

In dieser dem Richter in die Hand gegebenen Freiheit, die Dauer der s. M. nach seinem Ermessen unter Zugrundelegung der von dem einzelnen Falle geforderten Notwendigkeiten festzusetzen,

---

[57]) Eine Maßnahme des Wirtshausverbots ist nicht in den E. 1927 aufgenommen worden.

[58]) Kommt gemäß § 58 Abs. 3 E. 1927 für Minderjährige in Frage.

[59]) Siehe auch Rittler S. 102: „Eine vorgängige feste Begrenzung der Dauer der Anhaltung entspricht dem Begriffe der s. M. nicht."

darin liegt der grundlegende Unterschied der Bemessung der Strafe von der s. M.

Zur Erörterung der grundsätzlichen Frage der Bemessung von s. M. gehört auch die Frage, ob etwa die Tat für die Bemessung der s. M. von Bedeutung ist[60]). Auf den beherrschenden Einfluß der Schwere und Eigenart der Tat auf die Bemessung der Strafe braucht nicht eingegangen zu werden. Bei der s. M. hat die Tat an sich auf die Dauer der s. M. keinen Einfluß. Da Bemessungsgrundlage der s. M. lediglich die Gefährlichkeit des Individuums ist, so ist die Tat nur Bedingung der s. M.[61]). Allerdings ist das Gesagte nicht so zu verstehen, als ob die Tat in keiner Weise auf die s. M. einen Einfluß ausübe. Die Tat kann einmal sehr wohl der Maßstab der Art der anzuwendenden s. M. sein, nicht aber für die Bemessung der Dauer der s. M. Hier ist lediglich der Zustand der Gefährlichkeit maßgebend. Auch in diesem Punkte besteht zwischen den Rechtsfolgen der Strafe und der s. M. ein grundsätzlicher Unterschied.

Es bleibt hier noch übrig zu fragen, ob wir mit dem festgestellten Grundsatz der Bemessung von s. M. bei diesen nicht das eingeführt haben, was man bei der Strafe „unbestimmte Verurteilung" nennt. Rein äußerlich gesehen, erscheint es tatsächlich so. Aber einmal kann von einer absolut unbestimmten Verurteilung nur in den seltensten Fällen die Rede sein, und dann wäre die unbestimmte Verurteilung auch nicht bei allen s. M. anwendbar und durchgeführt[62]). Über den Fortgang und das Ende der s. M. entscheidet die Tatsache, ob das betreffende Individuum noch gefährlich ist, d. h. ob noch „gesichert" werden muß. Es ist aber in jedem einzelnen Falle eine quaestio facti, wie lange die s. M. dauern muß, wie lange der Zustand anhält. Exner[63]) fordert nicht nur grundsätzlich für die s. M. die unbestimmte Verurteilung, sondern darüber hinaus noch, daß die Bemessung der s. M. — wofern dann eine solche noch in Frage kommt — von der Hauptverhandlung in das Stadium der Vollstreckung vorgeschoben wird[64]). Nach Stooß[64]) kennzeichnet gerade die Forderung nach grundsätzlich unbestimmter Verurteilung die s. M. Die Forderung kann zunächst einmal bei allen s. M. erhoben werden, die in einer Freiheitsentziehung bestehen; denn bei diesen erscheint es ohne weiteres als zweckentsprechender und vor-

---

[60]) Wir haben bereits oben (§ 3) die Tat als Voraussetzung der Anwendung von s. M. erkannt.
[61]) Siehe § 3.
[62]) So z. B. in dem Fall der Reichsverweisung (E. 1927 § 63).
[63]) S. 144; auch Hafter S. 343 f.
[64]) Z. 31 S. 349 ff.

teilhafter, die s. M. erst während des Vollzuges zu bemessen. Aber auch die Entlassung sollte in der Regel nur eine vorläufige sein. Schließlich muß auch bei Verhängung der Schutzaufsicht, bei dem Wirtshausverbot, bei Auferlegung besonderer Pflichten (Friedensbürgschaft) die Möglichkeit einer unbestimmten Verurteilung zugestanden werden. Bei allen andern s. M. kann m. E. eine unbestimmte Verurteilung nicht in Frage kommen. Während man nämlich vor allem bei den freiheitentziehenden Maßregeln während des Vollzuges Erfahrungen macht, die bei der Beurteilung der Gefährlichkeit von Wert sind, ist beispielsweise bei der Ausweisung u. a. von einer derartigen Beobachtung der Persönlichkeit keine Rede. Der Vollzug dieser s. M. allein vermag kein neues Beweismittel zutage zu schaffen, wohl oder übel muß hier schon in der Hauptverhandlung darüber entschieden werden [65]).

Entscheidend aber ist bei Prüfung der vorliegenden Frage, daß der Richter gerade in den wichtigsten Fällen außerstande ist, im Augenblick des Urteils die Dauer der Behandlung richtig zu erkennen bzw. festzusetzen. Aus diesem Grunde schon könnte es vollends unmöglich erscheinen, gesetzgeberisch von vornherein für all diese — Einzelfälle — das richtige Maß zu finden. In concreto wird man nicht selten außerstande sein, dem Individuum eine bestimmte Prognose zu stellen, aber auf Grund mehrfacher Erfahrungen kann man doch einigermaßen den frühesten und spätesten Zeitpunkt festsetzen. Die Grenzen werden nach Art und Zweck der konkreten Maßregel verschieden zu bestimmen sein. Als das gesetzliche Minimum wird bei den s. M., die vornehmlich der Heilung und Besserung des Individuums zu dienen bestimmt sind, jener Zeitraum der Freiheitsbeschränkung zu gelten haben, der im allergünstigsten Fall nötig sein würde, um zu heilen und zu bessern; bei den s. M., die ausgesprochen dem Schutze der Gesellschaft dienen, ist das Minimum der Dauer durch den Zeitpunkt zu bestimmen, vor welchem eine Änderung in dem gefährlichen Zustand des Individuums nicht zu erwarten ist.

Zusammenfassend haben wir zu sagen: Die Bemessung der s. M. beruht auf einer eigenen, ihrem Wesen entsprechenden Grundlage und ist von der der Strafe grundsätzlich verschieden. Gesetzliche wie richterliche Zumessung der Strafe sind mit dem Wesen und Zweck der s. M. unverträglich [66]).

---

[65]) Exner S. 144ff.

[66]) Birkmeyer, Beiträge II S. 29; ebenso im Prinzip Hafter S. 222; Stooß, Schw. Z. 18 S. 3.

II. Die Strafmilderung und die sichernden Maßnahmen.[67])

Was nach dem Entwurf (E. 1925 §§ 72 ff. und E. 1927 §§ 73 ff.) unter Strafmilderungsgründen zusammengefaßt und angeführt ist, kann an sich auch bei einem Täter vorliegen, bei dem die Anwendung von s. M. in Frage kommt. Z. B. ein Trunkenbold, der wegen dieses Zustandes als gemeingefährlicher Mensch anzusprechen ist, ganz besonders dann, wenn er tatsächlich betrunken ist, wird in diesem Zustande schwer gereizt und gekränkt und begeht eine gefährliche Körperverletzung. Hier befindet sich der Richter in einer zweifelhaften Lage. Er wird sich sagen, wenn er den Täter bestraft, so muß er § 72 bzw. § 73 anwenden, und der Täter erhält eine sehr milde Strafe. Der Richter wird sich aber gleichzeitig sagen, diese kleine Strafe wird bei dem Trunkenbold nur wenig Eindruck machen, über kurz oder lang wird er doch wiederkommen, und dann bleibt nichts anderes übrig, als ihn einer Trinkerheilanstalt zu überweisen, vielleicht ist es besser, dies schon jetzt zu tun. Will aber der Richter eine s. M. verhängen, soll er dann dem Täter auch die Milderungsgründe zugestehen, daß er unter dem Eindruck der schweren Kränkung gehandelt hat, wodurch die Tat nicht so sehr als ein Ausfluß seiner ganzen Persönlichkeit erscheint? Es erscheint im ersten Augenblick gerecht und billig, dem Eingewiesenen die Zeit in der Anstalt, d. h. also die s. M. abzukürzen. Allein eine nähere Betrachtung muß sofort ergeben und berücksichtigen, daß die Verhältnisse hier völlig anders liegen als bei der Strafe. Die Strafe sieht auf das Schuldmoment und die einzelne Tat, die s. M. sieht dagegen auf die bewiesene Gefährlichkeit, sie wird erst dann verhängt, wenn die Gesellschaft gesichert werden muß; aber dann sollte sie immer und uneingeschränkt zur Anwendung kommen. Es muß kurz und bestimmt gefragt werden: Ist die Gesellschaft in Gefahr oder nicht? Nur das kann die Anwendung und Dauer der s. M. bestimmen. Die Milderungsgründe vertragen sich nicht mit dem Wesen der s. M. Wenn deshalb der Richter im gegebenen Falle findet, es seien dem Täter mildernde Umstände zuzubilligen, so wird er eben bei der Strafe zu bleiben haben, wo eine Abstufung der Schuld allein möglich ist[68]). Die Frage, ob auch bei den s. M. mildernde Umstände zugebilligt werden können, verwandelt sich also für den Richter in die Frage: soll ich im vorliegenden Falle noch einmal die Strafe

---

[67]) Siehe zu diesem die Ausführungen Wüsts S. 167.

[68]) Auch besteht durchaus die Möglichkeit, daß z. B. durch Verhängung einer Geldstrafe an Stelle einer an sich verwirkten schwereren Strafe die s. M. ausfällt.

oder soll ich die s. M. anwenden? Darüber muß er sich klar sein, daß eine Milderung der s. M. ein Widerspruch in sich selbst ist; denn wenn einmal das Sicherungsbedürfnis auf Ausschließung eines Individuums aus der sozialen Gemeinschaft geht, dann kann es nur eine Ausschließung geben, die so lange zu dauern hat, bis der Grund ihrer Verhängung weggefallen ist. Für die Fälle, wo Strafe neben der s. M. zur Anwendung kommen soll, kann sich die Milderung nur auf die Strafe beziehen.

Die Bestimmungen des E. 1927 in den §§ 73—76 sind auf die s. M. nicht anwendbar. Die Strafmilderungsgründe können bei der Anwendung von s. M. nicht Platz greifen.

III. Die Strafschärfung und die sichernden Maßnahmen.

Wie die Milderung, so hat auch die Strafschärfung im System der s. M. keinen Raum. In dem einen wie in dem andern Falle wird die Dauer der s. M. lediglich durch das Schutzbedürfnis bestimmt, und außerdem ist ja, wie wir gesehen haben, die s. M. hinsichtlich ihrer Dauer grundsätzlich unbeschränkt. Es kann schon aus diesem Grunde von einer zeitlich verlängerten Maßnahme — eine solche würde ja einer Strafschärfung analog sein — nicht gesprochen werden. Wäre aber eine Verschärfung der s. M. in bezug auf ihren Vollzug wünschenswert und denkbar? Darüber siehe die Ausführungen in dem betreffenden Abschnitt[69]).

Wenn wir analog der Strafe auch die s. M. verschärfen wollen, so betonen wir damit bei der s. M. das Übelsmoment (Strafe). Wenn nämlich die s. M. milder oder schärfer gestaltet werden kann, so wird eben derjenige, welcher z. B. einem härteren Vollzuge unterworfen wird, diese Verschärfung als ein Übel und damit als Strafe empfinden. Und ebenso wird die Allgemeinheit urteilen; denn jede Verschärfung stellt in den Augen des davon Betroffenen und jedes Dritten einfach eine Übelszufügung dar. Wir bekämen auf diese Weise bei den s. M. einen Strafvollzug. Der Richter soll die s. M. weder zeitlich, noch nach der Art ihres Vollzuges verschärfen oder abschwächen können.

Was die vom E. vorgeschlagenen Bestimmungen über Strafschärfung anlangt (E. 1925 §§ 76—77 und E. 1927 §§ 77 und 78), so kommt die Möglichkeit des § 76 bzw. 77 Abs. 2 für die s. M. von vornherein nicht in Frage, da bei der Anwendung dieser Bestimmung „der verbrecherische Wille des Täters", wofern er ungewöhnlich stark und verwerflich ist, gegeben sein muß; während bei den s. M. die

[69]) Oben § 9 S. 36 ff.

Gemeingefährlichkeit allein schon die Verhängung einer genügenden s. M. erfordert. Der § 77 bzw. § 78 gibt eine Erhöhung der Strafe bei einem Rückfall des Täters zu. Wenn auch hierin hauptsächlich die durch die wiederholte Begehung der Straftat gezeigte verbrecherische Gesinnung und Verworfenheit bestraft werden soll, so muß man doch sagen, daß all diese Umstände an sich auch bei den s. M. zu berücksichtigen wären. Aber nur insoweit, als etwa für das Individuum eine andere, besserwirkende s. M. in Frage kommen kann. Nicht aber könnte aus diesen Gründen — wie bei der Strafe — die einzelne s. M. verschärft werden.

Nach alledem haben wir zu sagen: Die Grundsätze der Strafschärfung finden auf die s. M. keine Anwendung.

IV. Die Anrechnung der Untersuchungshaft und die sichernden Maßnahmen.

Nach dem geltenden Recht kann gemäß § 60 StrGB. auf die zu vollstreckende Freiheitsstrafe die Untersuchungshaft unverkürzt angerechnet werden. Der E. hat hier keine neue Regelung vorgeschlagen, so daß wir der Untersuchung die Regelung des geltenden Rechts zugrunde legen. Da aber der § 60 StrGB. neben der Strafe s. M. nicht erwähnt, so ist daraus zu schließen, daß die Anrechnung der Untersuchungshaft eben nur auf die Strafe erfolgen soll.

Unsere Strafe ist ein Übel, das sehr oft in einer Freiheitsentziehung besteht. Es erscheint demnach nur als ein Gebot der Billigkeit, die bereits erlittene Freiheitsentziehung auf die insgesamt erkannte Strafe, auch evtl. auf eine Geldstrafe anzurechnen. Der Entzug der Freiheit ist das Übel, welches dem Täter durch die Strafe zugefügt werden soll, das ihn aber als Übel schon mit der Untersuchungshaft trifft. Von alledem kann im allgemeinen bei der s. M. keine Rede sein[70]). Aus diesem Grunde ist eine allgemeine Übertragung der Anrechnung der Untersuchungshaft auf die s. M. abzulehnen. Wohl aber ist m. E. die Dauer der Untersuchungshaft auf die Dauer der s. M. dann vorzunehmen, wenn die Untersuchungshaft für den spezifischen Zweck der s. M. benutzt worden ist. In diesem Falle steht der Anrechnung nichts im Wege.

Eine andere Frage ist aber hier noch zu erörtern. Es besteht die Möglichkeit, daß das Individuum zuerst sich in der Untersuchungs-

---

[70]) In der Begr. des DVE. heißt es S. 360: „Die Anrechnung — der Untersuchungshaft — ist nur möglich auf die Strafe." Demgemäß bleibt alles dasjenige, was im Sinne des DVE. nicht als solche anzusehen ist, unberührt. Die Note 4 ebenda sagt dazu: dahin gehören die s. M.

haft befunden hat und dann wegen seiner Zustandsgefährlichkeit zu einer s. M. verurteilt worden ist, und zwar zu einer solchen, deren Dauer ausnahmsweise vorher fest bestimmt wurde. Soll auf die Dauer dieser s. M. die Untersuchungshaft angerechnet werden? In Frage kommen könnten überhaupt nur die s. M., die in einer Freiheitsentziehung bestehen. Die gestellte Frage ist aber zu verneinen. Die s. M. soll dauern, solange der Zweck der s. M. sie notwendig macht. Von einer Forderung der Billigkeit der Anrechnung kann bei dem Fehlen der Übeltendenz bei den s. M. keine Rede sein. Das gefährliche Individuum wird durch die s. M. ungefährlich gemacht oder soll durch die s. M. einem Heil- oder Besserungsverfahren unterworfen werden. Dieses beginnt in der Regel erst mit der Einlieferung in die Heilanstalt, nicht aber mit dem Beginn der Untersuchungshaft. Deshalb kann eine Anrechnung der erlittenen Untersuchungshaft auf die s. M. nicht erfolgen. Ein weiterer Fall ist der des § 259 StrVGE. Gemäß § 259 StrVGE. (Begr. S. 60) soll die Freiheitsentziehung, die der Unterzubringende auf Grund der Entscheidung, durch welche die Unterbringung angeordnet ist, bis zum Beginn der Unterbringung erlitten hat, nur dann nicht auf ihre Dauer angerechnet werden, wenn sie in Strafhaft bestanden hat. Dieser Fall läge dann vor, wenn auf Unterbringung neben einer Freiheitsstrafe erkannt und die Strafe vor der Unterbringung vollstreckt worden ist. Hier verträgt der Fall durchaus die Anrechnung der Freiheitsentziehung. Sie muß m. E. erfolgen, da die Entziehung der Freiheit auf Grund einer Entscheidung auf Unterbringung erfolgt.

Eine weitere Frage ist noch die, ob bezüglich der Verwahrung vielfach Rückfälliger (E. 1925 §§ 45, 77; E. 1927 §§ 78, 59) eine Anrechnung auf die Verwahrungszeit stattfinden kann. Gemäß § 45 bzw. § 59 kann das Gericht, wenn ein für die öffentliche Sicherheit gefährlicher Gewohnheitsverbrecher aus Gründen des § 77 bzw. § 78 zu einer Strafe verurteilt wird, daneben auf Sicherungsverwahrung erkennen. Ihrer Natur nach ist die Verwahrung des § 45 bzw. § 59 zweifellos diejenige s. M., die am ehesten der Strafe nahekommt. Es liegt nicht allzufern zu fragen, ob der Einfluß dieser Eigenschaft der Verwahrung so weit geht, daß er eine Anrechnung der Untersuchungshaft fordern könnte. Das Gesetz sagt dazu ausdrücklich, daß neben der Strafe auf Sicherungsverwahrung zu erkennen ist, d. h. daß beide Unrechtsfolgen nacheinander vollzogen werden sollen. Daraus ergibt sich schon, daß eine Anrechnung der Untersuchungshaft in einem solchen Falle nur auf die Strafe erfolgen kann [71]).

[71]) Siehe dazu § 259 StrVGE.

Aber auch eine grundsätzliche Prüfung muß ergeben, daß, wie bei den übrigen s. M., so auch bei der Verwahrung eine Anrechnung der erlittenen Untersuchungshaft auf die s. M. nicht stattfinden kann.

Als Resultat haben wir erhalten: Eine Anrechnung der erlittenen Untersuchungshaft auf die s. M. ist nicht zulässig [72]).

V. Der Verbrechensrückfall und die sichernden Maßnahmen.

Der Rückfall, die Begehung einer neuen Straftat durch einen wegen einer strafbaren Handlung bereits Bestraften, rechtfertigt in der Regel den Schluß, daß die erste (verhängte) Strafe nicht ausreichend gewesen ist, den Verbrecher von neuen Gesetzesverletzungen fernzuhalten. Daraus ergibt sich von selbst die Forderung, die Strafe gegen den Rückfälligen zu steigern. Ist doch der Rückfall eines Individuums in dieselbe Straftat in der Mehrzahl aller Fälle auf den besonders stark und tief eingewurzelten verbrecherischen Willen zurückzuführen. Die Voraussetzungen des Rückfalls bei der Strafe setzen wir hier als bekannt voraus.

Für unsere Untersuchung ergeben sich aus obigem einige Fragen. Die erste geht dahin, ob das Institut des Rückfalls in dem Sicherungsrecht überhaupt brauchbar ist. Der E. 1927 behandelt den Rückfall hinsichtlich der Strafe im § 78. Diese Bestimmung kann aus verschiedenen Gründen für das Sicherungsrecht nicht in Frage kommen. In der Begr. zum § 78 (S. 58) ist ausdrücklich die Rede von einer Erhöhung der Strafe. Der E. unterscheidet Strafe und s. M. Demgemäß wären die s. M. durch den § 78 deshalb schon ausgeschlossen. Außerdem heißt es dort, daß jemand bereits zweimal zum Tode oder zu Freiheitsstrafen von wenigstens 6 Monaten verurteilt sein muß. Endlich heißt es auch noch im § 59, daß, wenn ein für die öffentliche Sicherheit gefährlicher Gewohnheitsverbrecher, der schon einmal zum Tode oder zu Zuchthaus verurteilt war, nunmehr auf Grund von § 78 zu einer Strafe verurteilt wird, das Gericht daneben auf Sicherungsverwahrung erkennen kann. Nach alledem haben wir, daß die vom E. 1927 vorgeschlagene Regelung des Rückfalls nicht für s. M. in Frage kommt. Grundsätzlich ist aber auch für die Gedanken, die bei der Strafe zur Einführung des „Rückfalls" geführt haben, zu sagen, daß sie im Sicherungsrecht keinen Platz finden können. Der „Rückfall" will vor allem die von dem Täter durch die wiederholte Begehung der Tat gezeigte Gesinnung bestrafen. Bei der s. M. kommt es aber auf die Gesinnung nicht an. Es taucht aber ein Bedenken auf. Was soll mit dem Täter geschehen, der schon kurze Zeit nach

[72]) Zustimmend: Birkmeyer, Beiträge II S. 34; Wüst S. 173.

Beginn der s. M. eine neue Tat begeht? Nach dem Wortlaut des § 78 ist er nicht rückfällig. Für ein solches Individuum müssen eben innerhalb des Sicherungsrechts Mittel und Wege seiner Unschädlichmachung gefunden werden. Wenn auf der einen Seite die s. M. im Sinne von § 78 nicht rückfallbegründend sein kann, so besteht auf der andern Seite die Möglichkeit, daß, wenn ein Täter auf Grund von § 78 zu Strafe verurteilt ist, daneben auf Sicherungsverwahrung erkannt werden kann. Die bisher verhängten Strafen sind damit gewissermaßen für die „schwerste" der s. M. „rückfallbegründend".

Das Institut des Rückfalls ist auf die s. M. nicht übertragbar.

VI. Fristen.

Der § 36 im E. 1927 bestimmt, daß die Dauer der Freiheitsstrafen nur nach vollen Tagen, Monaten und Jahren bemessen werden darf und daß der Tag zu 24 Stunden, die Woche zu 7 Tagen, der Monat und das Jahr nach der Kalenderzeit berechnet werden.

Es bestehen keinerlei Bedenken, die Berechnung auch für die s. M. zu übernehmen.

§ 9.
Die sichernden Maßnahmen und der Strafvollzug.

I. Die Bedeutung des Problems.

Das Problem des Vollzuges der s. M. hat eine doppelte Bedeutung. Die erste besteht darin, daß von der Gestaltung des Vollzuges der Wert jeder s. M. abhängig ist, und zwar in weit höherem Maße als der Wert der Strafe von der Strafvollstreckung. Im Strafrecht besitzt schon die Androhung und die Verhängung des Übels eine große präventive Wirkung. Im Strafrecht vermag ein unzweckmäßig eingerichteter Vollzug zwar die günstigen spezialprävenierenden Wirkungen auf den Täter selbst zu vereiteln, nicht aber auch immer die Erreichung eines weiteren wichtigen Zieles, der Generalprävention, unmöglich zu machen. Die s. M. dagegen hat vor allem eine Wirkung auf den einzelnen, sie soll vornehmlich den einzelnen Täter bessern, erziehen, heilen oder unschädlich machen. Erreicht sie einen dieser Zwecke nicht, so ist sie nichts als ein schädlicher Eingriff in die Freiheit des einzelnen. Von der ihrem Zweck entsprechenden Vollziehbarkeit hängt der kriminalpolitische Wert der s. M. und damit ihre Existenzberechtigung ab. Die zweite Bedeutung des Vollzugsproblems liegt darin, daß von seiner Lösung

die Dichotomie von Strafe und s. M. abhängig ist. Wenn die Wirklichkeit, d. h. der Vollzug der s. M. jemals den Satz bestätigen würde, daß die s. M. im ganzen mit der Strafe wesensgleich seien, dann hätten wir daraus die Folgen zu ziehen, dann stünde hinter beiden Worten dieselbe Sache, dann hätten wir es mit einer Maßregel zu tun, ob man diese nun Strafe oder s. M. nennt. Insgesamt besteht die überragende Bedeutung des Vollzugs der s. M. darin, daß sie den Unterschied zwischen beiden Unrechtsfolgen beweisen soll.

II. Der Strafvollzug und der Vollzug der sichernden Maßnahmen.

Der Strafvollzug in Preußen regelt sich nach der Dienst- und Vollzugsordnung für die Gefangenenanstalten der Justizverwaltung vom 1. August 1923. Dieser regelt aber lediglich den Vollzug der Strafen. Ein „Amtlicher Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes" ist erst jüngst erschienen. Dieser enthält nicht nur Bestimmungen über den Vollzug der Strafen, sondern auch solche über den Vollzug der s. M. [73]).

Nach unsern bisherigen Untersuchungen müssen wir von vornherein sagen, daß eine Anwendung der Grundsätze des Strafvollzugs auf den Vollzug der s. M. nicht in Frage kommt und unmöglich ist. Die Unmöglichkeit besteht nicht nur in der Wesensverschiedenheit von Strafe und s. M., sondern auch vor allem in den grundverschiedenen Zwecken des Strafvollzugs und des Vollzugs der s. M.

Wenn wir einzelne s. M. hinsichtlich ihres Vollzuges herausgreifen, so können wir unterscheiden zwischen solchen, die in einer sicherungsweisen Freiheitsentziehung und damit in einem der Strafe darin ähnlichen Institut bestehen, und solchen, die nicht in einer Freiheitsentziehung bestehen. Wir können auch hier unterscheiden in s. M., die über Strafmündige und Nichtschuldige verhängt werden, und in solche, die über Schuldige verhängt werden. Bei den ersteren besteht wohl keine sonderliche Gefahr, daß sie vom Gesetzgeber als Strafmaßnahmen durchgeführt werden. Allerdings heißt es auch hier, alles zu vermeiden, was an den Strafcharakter erinnert [74]). Bei der

---

[73]) Wenn es schon zweifelhaft sein kann, ob es kriminalpolitisch richtig ist, den Vollzug zweier grundverschiedener Unrechtsfolgen in demselben Gesetz zu regeln, so ist es m. E. bedenklich, diese Regelung in demselben Kapitel eines Gesetzes vorzunehmen, wie es im E. der tschechoslowakischen Republik (§§ 90—132) vorgeschlagen wird (s. Miřička S. 293).

[74]) Siehe dazu die Ausführungen Exners S. 155 über den Ö. Vollzug der s. M.; im übrigen ist nach den Entwürfen Schuldfeststellung gar nicht erforderlich.

zweiten Maßnahme gegen Schuldige besteht die Durchführung der s. M. — in Frage kommen hier vor allem das Arbeitshaus und die Sicherungsverwahrung — nicht nur wie bei dem Strafvollzug in einer Freiheitsentziehung, sondern es sind neben diesem noch Momente vorhanden, die sich dem Übelsgehalt der Strafe noch weiter nähern (z. B. beim Arbeitshaus der strenge Arbeitszwang). Es ist aber hierbei zu betonen, daß eine Schuldfeststellung nach Entwurf 25 nicht nötig ist. Es muß das Prinzip sein, daß die Verwahrung und das Arbeitshaus möglichst wenig Strafcharakter an sich tragen [75]). Es müssen Mittel und Wege gefunden werden, die s. M. so zu vollziehen, daß ihr Erfolg nicht aufs Spiel gesetzt wird.

Hier wäre noch ein Wort über die Frage der Verschärfung des Vollzugs der s. M. zu sagen. Und zwar kommt hier nur die Verschärfung der Durchführung der s. M. in Frage. Die Frage der Verschärfung der s. M. hinsichtlich ihrer Dauer ist bereits oben behandelt. Bei der Strafe haben die Vollziehungsbeamten vermöge ihrer Disziplinargewalt das Recht, den Strafvollzug für gewisse Individuen härter zu gestalten. Diese Verschärfung kann auch für die s. M. in Frage kommen, da man unbedenklich auch den Beamten, die den Vollzug der s. M. übernehmen, ein Disziplinarrecht einräumen muß [76]). Wie weit dieses eine Verschärfung der s. M. durchführen kann, und wie weit diese Verschärfung überhaupt für den betreffenden Gefährlichen wirksam ist, ist eine andere Frage. Und insoweit kann man eine Verschärfung des Vollzuges zulassen. Aber auch nur so weit. Im übrigen ist eine Verschärfung des Vollzuges der s. M. abzulehnen. Wollte man auch den Vollzug der s. M. beispielsweise bei dem einen Individuum verschärfen, bei dem andern nicht, so hätten wir damit schon eine Abstufung in verschiedene Klassen. Diese Art von Vollziehung wird aber m. E. oft mit praktischen Schwierigkeiten zu kämpfen haben. Wenn wir unterstellen, daß analog der Strafe auch der Vollzug der s. M. verschärft werden könnte, hätten wir dann gerade nicht in der s. M. das Übelsmoment verstärkt, vielleicht hervorgerufen, wo die s. M. doch kein Übel sein soll? Das Individuum, das dem härteren Vollzug einer s. M. unterworfen wird, muß diese sehr leicht als Strafe empfinden, vor allem dann, wenn dieser härtere Vollzug von vornherein gegeben war. Wird auch die Allgemeinheit diesen Vollzug der s. M. nicht als Strafe empfinden?

---

[75]) Siehe dazu die Vorschläge des StrVGE. (§§ 28—84 und 285 bis 291.

[76]) Ist im StrVGE. beispielsweise durch § 279 erfolgt; siehe ferner § 290 bzw. §§ 138—145.

Aus all diesen Gründen muß gefolgert werden, daß eine Verschärfung des Vollzugs der s. M. grundsätzlich nicht zulässig erscheint. Dasselbe ist auch von einer Milderung des Vollzugs der s. M. zu sagen.

Die Grundsätze des Strafvollzugs sind auf den Vollzug der s. M. nicht übertragbar. Eine Verschärfung oder Milderung des Vollzugs der s. M. kann nur im Rahmen des Disziplinarrechts in Frage kommen.

III. Die vorläufige Entlassung und die vorzeitige Beendigung der sichernden Maßnahmen.

Nach geltendem Recht haben wir gemäß § 23 StrGB. die Möglichkeit, einen Verurteilten unter bestimmten Voraussetzungen vorläufig aus der Strafhaft zu entlassen. Der dieser Möglichkeit zugrunde liegende Gedanke war der, den Gesamtvollzug der Strafe von dem Verhalten des Verurteilten abhängig zu machen. Dieser Gedanke hat sich heute dahin erweitert, daß es unter Umständen auch angezeigt sein kann, zunächst überhaupt von dem Vollzug der Strafe abzusehen und es von dem Verhalten des Verurteilten während einer Probezeit abhängig zu machen, ob die Strafe zu vollstrecken ist[77]). Wir haben bereits im § 4 den bedingten Straferlaß — um einen solchen handelt es sich im letzteren Falle — als s. M. angesprochen, und darum brauchen wir auf diesen nicht weiter einzugehen. Was uns hier interessiert, ist die Frage, ob eine vorzeitige Beendigung der s. M. analog der vorläufigen Entlassung bei der Strafe möglich ist.

Die s. M. sind Maßnahmen, über deren Zweckmäßigkeit im einzelnen der Richter von Fall zu Fall entscheidet, je nach dem in Frage stehenden Menschen. Aus diesem Grunde kann m. E. eine allgemein geltende Beantwortung bzw. Regelung dieser Frage nicht erfolgen. Auch gibt es eine Reihe von s. M., bei denen eine vorläufige Entlassung nicht immer angebracht und zweckdienlich erscheint. Hierher gehören beispielsweise die Einweisung in eine Heil- und Pflegeanstalt und die Unterbringung in einer Trinkerheilanstalt. Die Entlassung aus diesen Anstalten kann m. E. nur dann eine vorläufige sein, wenn sie davon abhängig gemacht wird, ob der Betreffende so weit geheilt ist, daß er nicht mehr als gefährlich erscheint. Hier kann eine Entlassung auf Probe, wie sie § 49 II E. 1925 vorsieht, unter Umständen zugelassen werden. Grundsätzlich müßte die Entlassung immer nur eine endgültige sein. Hier berührt sich dieser Standpunkt, daß es aus diesen Anstalten nur eine definitive Ent-

[77]) Siehe dazu Begr. E. 1925 S. 32.

lassung geben kann, mit dem Gedanken, daß die s. M. so lange anzudauern haben, bis ihr Zweck erreicht ist. Anders liegen aber die Verhältnisse bei andern s. M., so z. B. bei dem Wirtshausverbot und dem Arbeitshaus. Hier kann nicht mit genügender Sicherheit behauptet werden, daß das Individuum nicht mehr gefährlich ist. Man ist hier vielfach auf eine Vermutung angewiesen. Auch bei diesen s. M. würde sich eine vorläufige Entlassung nicht empfehlen. Es gibt aber noch eine dritte Art von s. M., bei denen durchaus für das Individuum die Möglichkeit besteht, durch sein Verhalten zu beweisen, daß es entweder nicht mehr oder nicht mehr in dem ursprünglichen und jetzt nicht nennenswerten Umfang gefährlich ist. Solchen Individuen muß m. E. die Möglichkeit gegeben werden, ihre Ungefährlichkeit bzw. ihre „Nichtmehrgefährlichkeit" in der Freiheit zu beweisen. Aber bei all den s. M., bei denen der Erfolg des Vollzuges zweifelhaft ist oder nicht festgestellt werden kann, ist eine vorläufige Entlassung nicht ohne Bedenken. Es muß immer noch die Frage Geltung haben: Ist das Individuum noch gefährlich oder nicht mehr gefährlich?

Das Institut der vorläufigen Entlassung ist bei einzelnen s. M. anwendbar, im allgemeinen aber nicht übertragbar.

§ 10.

Der Wegfall des Grundes zur Verhängung von Strafe und die sichernde Maßnahme. Der Wegfall der sichernden Maßnahme.

Es gibt eine Reihe von Umständen, die entweder von vornherein eine Verhängung von Strafe verhindern oder nach der Verhängung den Vollzug der bereits verhängten Strafe aufheben. Und es ist die Frage, ob diese Umstände auch bei den s. M. den Vollzug bzw. ihre Verhängung aufheben können und — was uns hier vor allem interessiert — ob die für die Aufhebung der Strafe in Frage kommenden Gründe auch auf die s. M. Anwendung finden können. Es sollen im folgenden die hierfür hauptsächlich in Betracht kommenden Fälle vergleichsweise erörtert werden.

I. Der Tod und die Geisteskrankheit des gefährlichen Individuums.

Was die Strafe anlangt, so erlischt durch den Tod des Individuums der staatliche Strafanspruch. Strafvollzug und Strafverfolgung fallen damit weg. Ist bei dem Tode des Täters der Grund des Wegfalls der Strafe ohne weiteres einleuchtend, so liegt bei dem Eintritt der Geisteskrankheit des Täters der Grund des Wegfalls darin,

daß es mit dem Rechtsempfinden des Volkes nicht in Einklang zu bringen ist, einen Geisteskranken zu bestrafen, abgesehen davon, daß Zweck und Sinn der Strafe eine Anwendung von Strafmitteln bei Geisteskranken nicht zulassen.

Die s. M. findet Anwendung gegen eine sozialgefährliche Persönlichkeit. Ist diese nicht mehr da, hat der Tod den Gefährlichen unschädlich gemacht, so ist damit auch der Grund der Anwendung der s. M. weggefallen. Der Tod selbst ist voller Sicherung. Durch ihn wird die s. M. gegenstandslos. Abweichend von der Strafe hat bei der s. M. aber auch die formelle Verhängung derselben fortzufallen. Bei der Strafe kann es nur dem Rechtsempfinden und Vergeltungsbedürfnis des Volkes entsprechen, wenn die einmal über den nunmehr Toten ausgesprochene Strafe bestehen bleibt. Bei den s. M. fordern das Rechtsempfinden des Volkes und auch andere Gründe und Erwägungen in keiner Weise, daß die s. M. etwa nach dem Tode des „Gefährlichen" bestehen bleibt. Im Gegenteil erscheint es unbedingt als kriminalpolitisch wünschenswert, nach dem Tode des Täters die Verhängung der s. M. förmlich zurückzunehmen. Eine solch förmliche Zurücknahme wäre m. E. sehr geeignet, das Wesen der s. M., den Unterschied der s. M. von der Strafe der breiten Masse des Volkes besonders klar vorzuführen.

Was die Verhängung der s. M. über Geisteskranke betrifft, so wäre hier die Unterscheidung zu treffen, ob der Geisteskranke wegen seiner Geisteskrankheit „gefährlich" ist, oder ob er bereits vorher gefährlich war und in dieser seiner Gefährlichkeit geisteskrank geworden ist. Bei der ersten Kategorie von Geisteskranken — also bei solchen, die wegen ihrer Geisteskrankheit als gefährlich gelten — wird die Frage, ob eine verhängte s. M. bei Eintritt der unheilbaren Geisteskrankheit wegfallen kann oder nicht, von dem Umstande abhängen, ob der betreffende Geisteskranke heute noch gefährlich ist oder nicht. Ist dieses nicht mehr der Fall, so muß die s. M. wegfallen, andernfalls bleibt sie bestehen.

Schwieriger ist die Sachlage bei den Individuen, die bei dem Vorliegen anderer Voraussetzungen als zustandsgefährlich zu gelten haben, die aber dazu noch geisteskrank geworden sind. Soll also, um eine konkrete Frage zu stellen, ein unheilbar geisteskrank Gewordener noch weiter in der Anstalt für Arbeitsscheue belassen werden? Was mit diesen Individuen geschehen soll, hat der Gesetzgeber nicht bestimmt. Er kann aber unmöglich der Auffassung sein, das geisteskrank gewordene Individuum in der betreffenden Anstalt zu belassen. Vielmehr werden sich dann die Verwaltungsbehörden mit dem Unheilbaren zu befassen haben und ihn in eine entsprechende

Anstalt bringen lassen. Die Praxis wird sich auf diesem Wege helfen. Warum aber soll nicht gleich im Gesetze bestimmt sein, daß die unheilbare Geisteskrankheit in einem solchen Falle ebenso wie der Tod den Wegfall der s. M. bedingt — wie bei der Strafe? Es ist eine bekannte Tatsache, daß viele in die Trinkerheilanstalt Eingewiesene geistig nicht ganz normal sind. Wenn nun aber ein solcher vor Ablauf der Heilungsfrist noch völlig geisteskrank wird? Man wird ihn gewiß nicht in der Trinkerheilanstalt belassen wollen. Darüber kann kein Zweifel bestehen: der Mann gehört in die Irrenanstalt. M. E. wäre eine Ergänzung der gesetzlichen Bestimmungen in diesem Sinne anzustreben.

Wir haben als Ergebnis: Bei dem Tode und dem Eintritt der unheilbaren Geisteskrankheit des gefährlichen Individuums fällt der staatliche Sicherungsanspruch fort. Eine bereits verhängte s. M. ist aufzuheben.

II. Die Begnadigung.

Der Staat vermag in zweierlei Form auf den Strafvollzug zu verzichten. Einmal in der Form der unbedingten Begnadigung und dann in Form der bedingten Strafaussetzung mit Aussicht auf späteren Erlaß der Strafe im Gnadenwege, die an bestimmte Voraussetzungen geknüpft ist. Die Frage ist, ob diese Institute auch in das Sicherungsrecht übernommen werden können und müssen?

Durch die Begnadigung soll der Vollzug einer ungerechten oder unzweckmäßigen Strafe verhütet bzw. abgekürzt werden. Die Rechtfertigung der Begnadigung liegt letzten Endes darin, daß der Richter bei Verhängung der Strafe an den durch das Gesetz gegebenen Strafrahmen gebunden ist. Hat das Gericht die Gefährlichkeit eines Individuums festgestellt, so verhängt es, wofern die sonstigen Voraussetzungen gegeben sind, über dasselbe eine s. M. Das Gericht ist aber dann gesetzlich nie gezwungen, eine bestimmte s. M. zu verhängen, eine solche, die etwa unzweckmäßig wäre. Es muß genügen, wenn das Gericht erkannt hat, daß eine bestimmte s. M. geeignet ist, die Gefährlichkeit des Täters zu beheben. Bei den s. M. besteht nur dann die Notwendigkeit, eine s. M. später im Gnadenwege zu erlassen bzw. aufzuheben, wenn sich die Verhängung der s. M. als ungerecht herausstellt. Im übrigen aber kommt das Institut der Begnadigung bei den s. M. nicht in Frage.

Wir haben schon oben [78]) die Meinung vertreten, daß anzustreben wäre, die s. M. auf unbestimmte Zeit zu verhängen. Wäre dieser

[78]) § 8, 1.

Gedanke bei allen s. M. ausnahmslos durchgedrungen, so wären wir in der Lage, die s. M. jederzeit, d. h. sobald die „Nichtmehrgefährlichkeit" des Individuums feststeht, wieder aufzuheben. Eine Abänderung der s. M. oder eine Aufhebung im Gnadenwege käme dann gar nicht in Frage. Nun stehen wir aber vor der Tatsache, daß der Entwurf in bestimmten Fällen eine Mindest- oder Höchstdauer [79]) vorschlägt. Wenn nun vor Ablauf dieser Zeit die Gefährlichkeit des Individuums endgültig behoben wird? Soll dann auch die Begnadigung eintreten? Die Meinungen darüber sind geteilt [80]). Bemerkenswert ist, daß der Ö. E. von 1912 die Begnadigung im § 517 ausdrücklich bezüglich der Verwahrung ausgeschlossen hat [81]). Es erscheint angebracht, wenn man sich nun einmal zu einer unbestimmten Verurteilung nicht verstehen mag, dem Richter die Möglichkeit zu geben, die s. M. ohne weiteres und jederzeit wieder aufzuheben; denn tatsächlich ist doch der Grund ihrer Verhängung weggefallen. Der Schw.E. von 1903 bringt eine Bestimmung, die uns als Beispiel für eine Regelung in dieser Hinsicht dienen könnte. Der Richter kann nach diesem Entwurf das auf bestimmte Zeit ausgesprochene Berufsverbot vor Ablauf der Frist aufheben, „wenn ein weiterer Mißbrauch nicht zu besorgen ist und wenn der Verurteilte den gerichtlich festgestellten Schaden, soweit es ihm möglich war, ersetzt hat" [82]). Das Gesagte trifft aber nur dann zu, wenn die Aufhebung der s. M. in irgendeiner Form der Begnadigung den Zweck hat, eine unzweckmäßige Sicherung zu verhindern oder aber eine ungerecht verhängte s. M. zu beseitigen. Alle andern Erwägungen aber, auf die bei der Strafe die Begnadigung gestützt werden könnte, treffen bei den s. M. in der Regel nicht zu. Und insoweit ist das Institut der Begnadigung auf das Sicherungsrecht nicht übertragbar. Insbesondere können irgendwelche staatspolitischen Erwägungen nicht angebracht erscheinen, den Wegfall der s. M. zu „verursachen". Wenn einmal der Richter im allgemeinen Interesse die Verhängung der s. M. als notwendig ansieht, so kann eine „Begnadigung" nur den Zweck und Sinn haben, wenn diese Notwendigkeit nicht mehr vorliegt, d. h. mit andern Worten, wenn das Individuum nicht mehr gefährlich ist. Es ist denkbar, daß der Staat auf seinen Strafanspruch verzichtet, nicht verzichten kann er jedoch auf den Sicherungsanspruch. Und doch

---

[79]) § 8, 1.

[80]) Siehe dazu Wüst S. 183; Nagler S. 252 ff.; Exner S. 181; Stooß, Mon. f. Krimps. 8 S. 373 ff.

[81]) Es heißt dort: „Die Entlassung findet nur auf Grund eines gerichtlichen Beschlusses statt."

[82]) Art. 62, 4.

wird es Fälle geben, in denen eine bereits verhängte s. M. wieder aufgehoben werden muß, weil die Voraussetzungen der Verhängung entweder bei der Verurteilung nicht gegeben waren oder später weggefallen sind. Aber in solchen Fällen bleibt dem davon Betroffenen die Möglichkeit, außerhalb des Weges der Begnadigung von der s. M. „wieder abzukommen". Es ist jedoch denkbar, daß dieser Weg für den einzelnen zu schwierig und zu langdauernd wäre und daß der Weg der Begnadigung schneller zum Ziele führen würde. In einem solchen Falle, aber nur in einem solchen Falle, wäre das Institut der Begnadigung auch für das Sicherungsrecht anwendbar.

Aus dem Gesagten ist zu folgern, daß das Institut der Begnadigung mit dem Wesen und Zweck der s. M. nur vereinbar ist, wenn es sich darum handelt, eine ungerecht verhängte s. M. zu beseitigen. Eine Übertragung des Instituts in das Sicherungsrecht ist deshalb nur insoweit zulässig.

> Die „Begnadigung" ist mit dem Wesen und dem Zweck der s. M. nicht vereinbar und darum grundsätzlich in das Sicherungsrecht nicht übertragbar.

III. Die bedingte Verurteilung.

Das Institut der bedingten Verurteilung hat sich mit der Zeit vor allem ausgedehnt auf erstmals Straffällige, bei denen ihrem Charakter nach zu erwarten ist, daß sie kein Verbrechen mehr begehen. Dadurch, daß die Vollstreckung oder der Erlaß der verwirkten Strafe von dem Verhalten des Täters abhängig gemacht wird, soll dieser zu einer rechtmäßigen Lebensführung motiviert werden[83]).

Wenn wir von dem Zweck der s. M. ausgehen, der Sicherung, so wäre es auf den ersten Blick ein innerer Widerspruch, wenn der Richter sagen wollte, dieser Täter ist zwar ein gefährlicher Mensch, das Interesse der Gesellschaft verlangt, daß ich hier auf s. M. erkenne, allein ich will ihm eine gewisse Probezeit gestatten. Es ist richtig, die s. M. soll die Gefährlichkeit des Individuums beheben, und diese ist entweder vorhanden oder nicht. Wird sie bejaht, so kann von einer bedingten Verurteilung nicht die Rede sein, es muß gesichert werden. Allerdings kann diese Sicherung schon durch Verhängung der Schutzaufsicht gegeben sein. Vom streng theoretischen Standpunkt muß eine Übertragung des Instituts der bedingten Verurteilung auf das Sicherungsrecht abgelehnt werden. Stellen wir uns aber auf den praktischen Standpunkt, so kommen wir zu einem andern Ergebnis. Von dem Nichtgefährlichsein bis zum Gefährlichsein und

[83]) v. Liszt, Vergl. Darst. Allg. Teil III, 5.

von der Gefährlichkeit bis zur Ungefährlichkeit ist oft ein langsamer und weiter Weg. Und für diesen könnte, wenn überhaupt, die bedingte Verurteilung in Frage kommen. M. E. ist es in den Fällen wünschenswert, die bedingte Verurteilung sogleich dann auszusprechen, wenn neben der s. M. gleichzeitig eine Strafe verhängt wird [83a]). Wir haben die Tat als Voraussetzung der Anwendung von s. M. erkannt. Hat nun der Richter nach Begehung einer strafbaren Handlung die Gefährlichkeit des Täters erkannt, und erachtet er die Voraussetzung für die Verhängung der s. M. als gegeben, so kann er diese nicht verhängen und zugleich ihre Durchführung aussetzen. Das wird aber sehr oft heißen: abwarten, ob der betreffende Täter ein neues Delikt begeht.

Anders ist es jedoch, die s. M. nach deren teilweiser Durchführung bedingt zu erlassen. Hier kann der Täter, der gesichert worden ist, die Hoffnung geben, daß er sich, wenn er der Freiheit wiedergegeben wird, als nicht mehr gefährlich erweist. Es gilt hier zum Teil das bei der Frage der vorzeitigen Beendigung der s. M. Gesagte. Dem Richter muß die Möglichkeit gegeben werden, wenn man die bedingte Verurteilung in dieser Form zulassen will, bei schlechter Führung des Individuums — auch ohne Begehung einer neuen symptomatischen Tat — die s. M. wieder aufzunehmen. Nach dem Ö. E. soll es beispielsweise möglich sein, Geisteskranke unter der Voraussetzung, daß eine „vertrauenswürdige Person" die Überwachung übernimmt, bedingt zu entlassen. Der SchwKommissE. von 1912 hat die bedingte Aussetzung des Vollzuges für die Trinkerheilanstalt eingeführt [84]). Es wäre auch für unsern Entwurf eine ähnliche allgemeine Regelung dieser Frage anzustreben.

Die bedingte Verurteilung hat im Sicherungsrecht grundsätzlich nur insoweit Platz, als eine s. M. in der Vollziehung vorzeitig und bedingt abgekürzt wird.

IV. Die Wiederaufnahme.

Nach geltendem Recht besteht die Möglichkeit, die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens sowohl zugunsten wie auch zuungunsten des Verurteilten zu betreiben (§§ 359, 362 StPO.). Und es ist die Frage, ob auch die Wieder-

[83a]) Siehe dazu Exner S. 183. Rittler S. 102 ist der Ansicht, daß keine s. M. de facto angeordnet zu werden braucht, wenn ein bedingter Erlaß von Anfang an als zweckdienlich erscheint.

[84]) Siehe auch Thyrén, Mon. f. Krimps. 8 S. 389, zit. bei Exner S. 185.

aufnahme eines Verfahrens gegeben sein kann, durch dessen rechtskräftiges Urteil über den Täter lediglich eine s. M. verhängt worden ist. Was das geltende Recht angeht, so bestehen hier m. E. keine Bedenken, die betreffenden Bestimmungen der StPO. entsprechend auf das Sicherungsrecht anzuwenden. Die Vorfrage ist nur, ob dieses Institut innerhalb des Sicherungsrechtes überhaupt Raum hat. In den Fällen, in denen Strafe und s. M. nebeneinander verhängt werden, wird die Wiederaufnahme ohne weiteres zuzulassen sein. In diesem Verfahren wäre gleichzeitig auch über die s. M. mit zu entscheiden. Zu allen übrigen Fällen aber wäre folgendes zu sagen: Auch der zu einer s. M. Verurteilte (z. B. bei der Fürsorgeerziehung) kann ein großes Interesse an der Wiederaufnahme des Verfahrens haben, in welchem er zu der s. M. verurteilt worden ist. Andererseits aber kann auch die Allgemeinheit sehr daran interessiert sein, daß ein Verfahren, welches den Zweck hatte, über den Täter eine s. M. zu verhängen, aber aus irgendwelchen Gründen zu einer „Freisprechung" geführt hat, wieder aufgenommen wird. Ein Bedenken, die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens für das Sicherungsrecht anzunehmen und in dasselbe aufzunehmen, besteht m. E. nicht. Ob dann allerdings die geltenden Vorschriften aus der StPO. Anwendung finden können, ist eine andere Frage.

Wir haben als Ergebnis: Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens ist auch im Sicherungsrecht zulässig.

§ 11.
Die Verjährung.

Über die Notwendigkeit des Instituts der Verjährung bei der Strafe besteht kaum Zweifel. Streit herrscht nur über die eigentliche Grundlage dieses Instituts. Die Prüfung der Frage, ob der Grundsatz der Verjährung auch im Sicherungsrecht Verwendung finden kann, führt uns in einen viel erörterten Streitstand. In erster Linie aber war davon auszugehen, ob der der Verjährung zugrunde liegende Gedanke auch auf die s. M. übertragen werden kann.

Bekanntlich unterscheiden wir eine Verfolgungs- und Vollstreckungsverjährung. Der der Verfolgungsverjährung zugrunde liegende Gedanke ist der, ob eine zeitlich weit zurückliegende Straftat Anlaß zur Strafe sein kann. Dagegen geht die Vollstreckungsverjährung von dem Gedanken aus, ob ein auf Strafe lautendes Urteil, obwohl es zeitlich sehr weit zurückliegt, heute noch vollzogen werden soll[85]).

[85]) Siehe dazu die Ausführungen Exners S. 169.

Die Verfolgungsverjährung wird sehr verschieden begründet; doch lassen sich in der Hauptsache die Begründungen auf zwei zurückführen. Die erste geht dahin, daß der Grund der Verfolgungsverjährung auf der Vergänglichkeit der Beweismittel beruhe [86]). Heute sei eine sichere Beweisführung nicht mehr möglich, es bestehe daher die große Gefahr falscher und ungerechter Urteile, deshalb müsse die Strafverfolgung nach einer gewissen Zeit unterbleiben.

Mit dieser Begründung könnte, ihre Richtigkeit vorausgesetzt, die Verfolgungsverjährung unbedenklich auf das Sicherungsrecht übertragen werden. Die Tat, deren Beweis heute nur sehr schlecht und schwierig ist, ist der äußere Anlaß der Verhängung von s. M. Die Tat ist das Symptom der Gefährlichkeit. Kann nun nicht mit genügender Sicherheit bewiesen werden, daß das Individuum die Tat begangen hat, so muß auch die Verhängung der s. M. unterbleiben. Diese Ansicht geht aber fehl und ist schon für die Strafe abzulehnen; denn sie vermag vor allem keinerlei Begründung für die Unterbrechung und für das Ruhen der Verjährung zu geben. Wenn nach Ablauf einer bestimmten Zeit der Beweis unmöglich geworden ist, so gilt diese Unmöglichkeit auch für die Zeit, in der die Verjährung ruhen oder unterbrochen sein würde [87]). Eine zweite Begründung der Verfolgungsverjährung, die sogenannte materiell-rechtliche, geht dahin, daß der Grund der Strafe nach Ablauf einer bestimmten Zeit fortgefallen sei. Nach Ablauf einer bestimmten Zeit bestehe kein Interesse mehr an der Bestrafung des Rechtsbrechers. Wenn aber der Täter eine Zeitlang mit den Strafgesetzen nicht mehr in Konflikt gekommen wäre, so sei sein Wohlverhalten zu vermuten, eine Änderung seiner Gesinnung anzunehmen. Mutatis mutandis ist dieses auch bei den s. M. möglich. Der „Gefährliche", über den eine s. M. zu verhängen wäre, und der seine Gefährlichkeit durch die Begehung der mit Strafe bedrohten symptomatischen Tat begangen hat, kann nach Ablauf einer bestimmten Zeit sehr wohl nicht mehr gefährlich sein, seine damalige Gefährlichkeit kann sich behoben haben. Die zeitlich lange zurückliegende Tat kann aber nur Anzeichen der damals vorhandenen Gefährlichkeit sein, nicht aber für eine etwa heute noch bestehende Gefährlichkeit. Der Richter darf aber die s. M. nur verhängen, wenn zur Zeit der Entscheidung die Gefährlichkeit des Individuums feststeht. Demnach wäre die Übertragung der Verfolgungsverjährung auf das Sicherungsrecht wohl nicht erforderlich. Was soll jedoch mit dem Individuum geschehen, das der Richter da-

[86]) Diese Ansicht wird vor allem von Binding vertreten.
[87]) Siehe Exner S. 170.

mals als gefährlich ansah, das er heute nicht mehr für gefährlich hält? Würde hier nicht eine Übertragung der Verfolgungsverjährung im Interesse eines jeden Staatsbürgers liegen? Würde das Fehlen der Verfolgungsverjährung innerhalb des Sicherungsrechts nicht dazu führen, daß der Richter beispielsweise eine s. M. über ein Individuum verhängen kann, das seine Gefährlichkeit zwar durch eine vor sechs Jahren begangene Tat bewiesen hat, das aber auch in den sechs Jahren einen gewissen Beweis seiner „Nichtmehrgefährlichkeit" geführt hat. Ein solches Verfahren muß verhindert werden. Es kann verhindert werden durch die Übertragung des Gedankens der Verfolgungsverjährung auf das Sicherungsrecht. Der Anspruch auf Sicherung kann nicht für alle Zeiten gelten. Er wird genommen durch die Verjährung.

Was die Vollstreckungsverjährung angeht, so beruht diese auf dem Gedanken, daß die Strafe, deren Verhängung eine bestimmte Zeit zurückliegt, aus bestimmten Gründen heute nicht mehr vollzogen werden soll. Die Vollstreckungsverjährung erscheint auf das Sicherungsrecht übertragbar; die „bestimmten Gründe", aus denen s. M. nicht mehr vollzogen werden sollen, wären im Sicherungsrecht die, daß der Vollzug der s. M. keinen Sinn mehr hat, wenn der Täter nicht mehr gefährlich ist. „Jede dieser Maßnahmen wird daher ihrem Geiste nach stets angeordnet unter der stillschweigenden Klausel: rebus sic stantibus."[88]) Eine s. M., deren Verhängung seit langem beschlossen ist, die aber dem heutigen Befinden und Verhalten des damals Gefährlichen nicht mehr entspricht, kann unmöglich heute noch ohne weiteres in die Tat umgesetzt, d. h. vollzogen werden. Andererseits kann aber der Staat nicht ohne weiteres auf den Vollstreckungsanspruch verzichten. Nach Zeitablauf ist es wohl immer ungewiß, ob diese Person noch gefährlich ist. Mit alledem kann aber noch nicht gesagt sein, daß die Vollstreckungsverjährung auf die s. M. übertragen werden muß. Dieser Ansicht ist auch wohl Exner[89]), wenn er erklärt, daß die Vollstreckungsverjährung oder wenigstens ein Surrogat derselben bei den s. M. ganz offensichtlich eine Notwendigkeit bleibe. Die Vollstreckungsverjährung würde bei ihrem Eintreten den Vollstreckungsanspruch wegfallen lassen und damit für die Vollstreckung einer s. M. bei diesem Individuum eine neue symptomatische Tat fordern.

Der Schw.E. hat für s. M. ein solches Surrogat der Vollstreckungsverjährung vorgeschlagen. Nach Art. 31 gilt für die Verwahrung der

---

[88]) Exner S. 174.
[89]) S. 176.

Gewohnheitsverbrecher der Grundsatz: „Wird das Urteil 25 Jahre nicht vollzogen, so ist es unwirksam."

Wenn wir nunmehr zusammenfassend zu dem Ergebnis kommen, daß der Gedanke der Verjährung auf das Sicherungsrecht wohl übertragbar ist, so gilt dieses sowohl für die Verfolgungsverjährung wie auch für die Vollstreckungsverjährung [90]). Denn beide sind mit dem Sicherungsrecht wohl vereinbar.

Zu erörtern ist noch, wie sich der E. 1927 zu dem Gedanken der Übertragung der Verjährung auf das Sicherungsrecht stellt. Bezüglich der Verfolgungsverjährung hat der E. keine bestimmte Regelung getroffen. Doch kann aus der Tatsache, daß er die Übertragung der Vollstreckungsverjährung auf die s. M. ausdrücklich ablehnt, gefolgert werden, daß er die Verfolgungsverjährung eben nicht für die s. M. ablehnt [91]). Der E. führt aus, daß sich die Berechtigung (der s. M.) weit weniger aus der Tat selbst, als aus der gefährlichen Beschaffenheit des Täters herleite; deshalb könne sie, einmal ausgesprochen, auch dann vollzogen werden, wenn der durch die Tat begründete Strafanspruch durch Vollstreckungsverjährung erloschen sei. Das von Exner geforderte Surrogat will der E. offensichtlich bei der Unterbringung in einer Heil-, Pflege- oder Trinkerheilanstalt und der Sicherungsverwahrung einführen. Im § 63 ist bestimmt, daß, wenn die Unterbringung seit der Zeit, zu der sie hätte vollzogen werden können, drei Jahre lang nicht vollzogen worden ist, sie nur vollzogen werden darf, wenn die Anordnung durch das Gericht bestätigt wird [92]). Eine besondere Regelung trifft der E. 1927 hinsichtlich der Reichsverweisung (§ 64). Diese kann nur in den ersten sechs Monaten ausgesprochen werden, die der Verurteilte in Freiheit zubringt.

Der E. 1927 hat die für die Verjährung maßgebenden Einzelbestimmungen im 11. Abschnitt gebracht; doch nur hinsichtlich der Verjährung der Strafe. Ausdrücklich wird von ihm bestimmt [93]), daß die Vorschriften des 11. Abschnittes auf die s. M. keine Anwendung finden. Dem ist zuzustimmen. Die im 11. Abschnitt getroffenen Bestimmungen wären auch für die s. M. nicht wünschenswert. Das Sicherungsrecht erfordert für sich hinsichtlich der Verjährung eigene, dem Wesen der s. M. entsprechende Bestimmungen. Zu begrüßen wäre der von Exner [94]) gemachte Vorschlag, daß neben dem Ab-

---

[90]) Der DVE. hat die Vollstreckungsverjährung für das Sicherungsrecht vorgeschlagen und beispielsweise eine dreijährige Verjährungsfrist für die Unterbringung in einem Arbeitshaus festgesetzt (§ 310).

[91]) Begr. S. 44.

[92]) Siehe dazu den Schw. E. (Art. 31—33).

[93]) Begr. S. 60.

[94]) S. 172.

lauf der Zeit die Bedingung gegeben sein muß, daß der Täter kein neues Delikt begeht. Ebenso wären die Verjährungsfristen bei den s. M. nach eigenen Gesichtspunkten zu bestimmen. Nach der Art des Zustandes wäre die Verjährungsfrist festzusetzen.

Zusammenfassend stellen wir fest, daß die Verfolgungs- und Vollstreckungsverjährung auf das Sicherungsrecht übertragbar sind[95]). Doch fordern die s. M. für sich Bestimmungen eigener Art.

§ 12.

Das Zusammentreffen von Strafe und sichernden Maßnahmen.

Strafe und s. M. haben ein gemeinsames Ziel: Schutz der Gesellschaft vor Verbrechen. Beide sind Unrechtsfolgen. Ihre Wege und die Voraussetzungen ihrer Anwendung sind verschieden. Das Bedürfnis der Gesellschaft kann in ein und demselben Fall sich nicht nur auf beide Unrechtsfolgen, sondern auch auf mehrere s. M. gleichzeitig erstrecken. Diesem Bedürfnis kann nun in verschiedener Weise Rechnung getragen werden. In dem einen Fall sind beide Unrechtsfolgen nebeneinander zu verhängen, in dem anderen verschiedene s. M.; in einem dritten Fall tritt die Strafe an Stelle der s. M. und in einem vierten Falle die s. M. an Stelle der Strafe. Rein technisch sind die Voraussetzungen dieser Möglichkeiten dadurch gegeben, daß beide Unrechtsfolgen in einer Hand verbunden sind. Der Richter kann Strafe verhängen und s. M. verhängen.

I. Strafe und sichernde Maßnahmen nebeneinander.[96])

Der E. bestimmt im § 67, daß neben der Strafe auf Maßregeln der Besserung und Sicherung erkannt werden muß oder kann, wenn sie auch nur wegen einer der Taten vorgeschrieben oder zuzulassen ist. Damit gibt der E. die Möglichkeit, Strafe und s. M. nebeneinander zu verhängen.

Grundsätzlich wäre dazu zu sagen, daß, obwohl Strafe und s. M. begrifflich Gegensätze sind, doch die gleichzeitige Anwendbarkeit beider gegeben sein kann. Allerdings werden dies nur Ausnahmefälle sein. Wenn Strafe erforderlich ist, so ist eben die s. M. überflüssig, und andererseits bedarf es nicht der Strafe, wenn die s. M. als notwendig erscheint.

---

[95]) Anders Hafter, Lehrb. S. 243/44; Wüst S. 187, 194ff.
[96]) Siehe dazu Wüst S. 171; Exner S. 201.

Die Schwierigkeit besteht aber in der Frage des Vollzugs beider Maßregeln. Ein gleichzeitiger Vollzug beider Unrechtsfolgen wird in der Mehrzahl aller Fälle unmöglich sein. Welche Maßregel soll nun zuerst vollstreckt werden? Manche s. M. wie: Wirtshausverbot und Schutzaufsicht können selbstverständlich nur nach Vollziehung der Freiheitsstrafe ihrerseits vollzogen werden. Auch geht bei einem Nebeneinander von Freiheitsstrafe und einer nicht mit Freiheitsentziehung verbundenen s. M. die Strafe voran. Wie aber, wenn auch die s. M. in einer Freiheitsentziehung besteht. M. E. ist die Entscheidung darüber von oberster Warte, von dem Erfordernis des Güterschutzes, zu fällen. Es müssen bei dieser Entscheidung die Zwecke in Erwägung gezogen werden, die beiden Unrechtsfolgen zu eigen sind. Dabei wird der dringlichere Zweck dem weniger dringlichen, das Interesse der Allgemeinheit dem des einzelnen vorzugehen haben. Der Richter soll nach diesen Gesichtspunkten in jedem einzelnen Falle die Reihenfolge der Vollstreckung beider Unrechtsfolgen bestimmen. Eine bestimmte Regelung aufzustellen, erscheint nicht angebracht.

Das Ergebnis ist: Strafe und s. M. können nebeneinander verhängt werden. Die Reihenfolge des Vollzugs mehrerer Unrechtsfolgen ist vom Richter zu bestimmen.

II. Das Zusammentreffen verschiedener sichernder Maßnahmen.

Es können auch verschiedene s. M. gleichzeitig nebeneinander verhängt werden. Damit ist ein Problem aufgetaucht, das für die Strafe längst gelöst ist, hier aber noch der näheren Prüfung bedarf. Und zwar kommt hier nicht der Fall in Frage, daß der Richter die Möglichkeit hat, die eine oder die andere s. M. zu verhängen. Hier ist der Fall gemeint, daß der Richter zwei verschiedene s. M. über dasselbe Individuum zu verhängen hat. Es ist das, was wir bei der Strafe die Einheitlichkeit der Strafe bei Ideal- und Realkonkurrenz der Verbrechen nennen. Die Frage ist, ob dieses Institut in dem oben genannten Falle auch auf das Sicherungsrecht übertragen werden kann. Im geltenden Recht handelt es sich um die §§ 73, 74 StrGB., nach dem E. um die §§ 65 ff.

Das geltende Recht unterscheidet in der Behandlung des Zusammentreffens mehrerer Gesetzesverletzungen, ob jemand durch ein und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt, oder ob er sich durch mehrere selbständige Handlungen mehrfach strafbar gemacht hat. In dem ersten Fall wird die Strafe dem schwersten der verletzten Gesetze entnommen, die Verletzung der übrigen Gesetze

durch dieses aufgezehrt; in dem zweiten Falle findet teils eine Zusammenrechnung der für die einzelnen Straftaten verwirkten Einzelstrafen statt, teils wird eine Gesamtstrafe in der Weise gebildet, daß eine angemessene Erhöhung der verwirkten schwersten Einzelstrafe vorgenommen wird.

Ist dieses auch auf das Sicherungsrecht übertragbar? Der Ideal- und Realkonkurrenz liegt der Gedanke zugrunde, daß — in beiden Fällen — ein Nebeneinander aller eigentlich verwirkten Strafen ein besonderes nicht gewolltes Übel für den Rechtsbrecher bedeuten würde, das über den Zweck der Strafe hinausginge. Dieser Gedanke spielt bei den s. M. keine Rolle. Jede s. M. hat ihren eigenen speziellen Zweck und muß für sich zur Durchführung gelangen. Nach den Bestimmungen des E. ist auch sehr wohl möglich, daß zwei verschiedene s. M. nebeneinander verhängt werden, z. B. das Arbeitshaus und die Trinkerheilanstalt. Die erste Maßregel hat den Zweck, den durch seine Arbeitsscheu gefährlichen Menschen zu einem ungefährlichen und arbeitsamen Menschen zu machen; die zweite s. M. will den Trunksüchtigen heilen. Hat ein Individuum bei einer Tat sowohl seine Arbeitsscheu bewiesen, wie auch seine Gefährlichkeit wegen seiner Neigung zur Trunksucht, so ist es sehr wohl denkbar und nach Art der Maßnahmen auch möglich, daß hier zwei s. M. verhängt werden. Beide Maßnahmen wären dann nach ihrem besonderen Zweck zu gestalten. Ein „Verrechnen" der Dauer beider s. M. kann im allgemeinen nicht stattfinden und widerspricht ihren Zwecken. Die Dauer beider s. M. wird lediglich durch die Notwendigkeit ihrer Anordnung bestimmt. Der bei der gleichzeitigen Verhängung mehrerer Strafen zu berücksichtigende Gedanke der Gerechtigkeit kommt bei dem Wesen der s. M. nicht in Frage. Das Nebeneinander verschiedener s. M. ist keine Ungerechtigkeit; auch wäre es sinnlos, den einen Zweck durch den andern ganz oder teilweise verdrängen zu lassen. Im E. findet die Frage keine besondere Regelung. Der E. von 1909 bestimmte ausdrücklich, daß, wenn es sich darum handele festzustellen, welches Gesetz die schwerste Strafe androhe, die s. M. hierbei nicht berücksichtigt werden dürfte[97]).

Das Institut der Ideal- und Realkonkurrenz findet bei den s. M. keine Anwendung.

III. Das „Vikariieren".

Strafe und s. M. sind die Unrechtsfolgen innerhalb desselben Systems. Schutz der Gesellschaft vor Rechtsgüterverletzungen und -gefährdungen ist das Ziel des Strafrechts. „Wie die Sprossen zweier

[97]) Begr. S. 386.

Zahnräder ineinandergreifend, sollen die Strafe und s. M. wirksamen Schutz der Gesellschaft verbürgen."[98]) Von der hohen Warte des Güterschutzes aus liegt es nahe, an einen Austausch und an eine Vertretung beider Maßregeln zu denken[99]). Über die Möglichkeit der Vertretung der einen Maßregel durch die andere, über den Ersatz der Strafe durch die s. M. und der s. M. durch die Strafe ist heftiger Streit entbrannt. Die Frage der Stellvertretung einer Unrechtsfolge durch die andere interessiert hier nicht zuletzt deshalb, weil dabei die Frage auftaucht, ob dann die vertretene Maßregel die Rechtsfolgen der vertretenden zu übernehmen hat. Strafe und s. M. sind wesenhaft verschieden, und es ist richtig, wenn Löffler[100]) sagt, daß wesensverschiedene Institute einander nicht vertreten können. Andererseits ist aber auch zu sagen, daß Strafe und s. M. trotz ihrer Wesensverschiedenheit mancherlei Berührungspunkte haben, die sie in dieser Hinsicht auf eine gemeinsame Basis zu bringen imstande wären. Ob die eine Maßnahme die andere vertreten kann, ist sehr bestritten. Wir haben schon oben (§ 1) das Wesen der Strafe als Übel erkannt und von den s. M. gesagt (S. 20), daß diese sich dem Leid gegenüber indifferent verhalten. Die s. M. kann Übel sein, doch braucht sie es nicht zu sein. Ein „Vikariieren" ist demnach durchaus möglich. Uns interessiert aber hier vor allem die Frage, welche Rechtsfolgen jedes „Vikariieren" mit sich bringt. Diese sind kurz gesagt folgende:

Vorauszuschicken ist, daß wegen der Ungleichheit der einzelnen s. M. untereinander eine allgemeine Regelung nicht gegeben werden kann.

1. Tritt die s. M. an die Stelle der Strafe, so könnte dieses aus dem Grunde geschehen, auf die Strafe zu verzichten oder aber an die Stelle der Strafe einen Ersatz zu setzen. Wieweit dieses möglich sein wird, ist eine andere Frage. Jedenfalls können kriminalpolitische Erwägungen es als angebracht erscheinen lassen, in bestimmten Fällen auf Strafe zu verzichten und an ihre Stelle auf eine s. M. zu erkennen, z. B. es wird von Strafe abgesehen. In einem solchen Falle gilt das betr. Individuum nicht als bestraft, infolgedessen können auch nicht die Rechtsfolgen der Strafe eintreten. Hat der Richter jedoch auf

---

[98]) Siehe Exner S. 197.

[99]) Siehe dazu die Ausführungen Rosenfelds im Ö. Z. 1910 S. 309 ff. R. spricht im Hinblick auf den DVE. davon, daß der Gesetzgeber es noch nicht verstehe, mit der „Zweispurigkeit" zu manöverieren, die doppelte Bekämpfungsart mit leichter Hand auszunutzen. — Die Bekämpfungsmittel ständen in einer vikariierenden Rolle zueinander.

[100]) 31. DJT. II S. 785.

Strafe erkannt und will er an ihrer Stelle eine s. M. vollstrecken lassen, so muß das in Frage kommende Individuum als bestraft angesprochen werden, mithin treten hier die Rechtsfolgen der Strafe ein.

2. Wie aber, wenn die Strafe an die Stelle der s. M. treten soll? Hier erscheint die schon oben unter 1 gestellte Frage umgekehrt: Soll auf die s. M. verzichtet werden, oder soll die s. M. durch Strafe ersetzt werden? M. E. muß man in beiden Fällen zu dem Ergebnis kommen, daß über das betr. Individuum eine Strafe verhängt worden ist und die Rechtsfolgen der Strafe eintreten[101].

§ 13.
Die Strafbestimmungen über Strafvereitelung.

Der E. enthält eine Reihe von Strafbestimmungen, die die Strafvereitelung hinsichtlich der Strafe mit Strafe bedrohen. In Frage kommen die §§ 153—157. All diese Bestimmungen haben aber den Schutz des Strafvollzugs zum Ziel. Es fragt sich, ob diese Bestimmungen auch auf die s. M. Anwendung finden können. Voraussetzung ist, daß für die s. M. nicht Sonderbestimmungen bereits vorhanden sind[102].

Der § 158 bestimmt, daß in den Fällen der §§ 153—157 derjenige einem „Gefangenen" gleichstehe, der in einer Sicherungsverwahrung oder in einem Arbeitshaus untergebracht sei. Damit ist schon gesagt, daß die Individuen, die anderen s. M. unterworfen sind, nicht als „Gefangene" der §§ 153—157 in Frage kommen. So kommen vor allen Dingen nicht in Frage die in einer öffentlichen Heil- oder Pflegeanstalt und in einem Trinkerasyl Untergebrachten. Für diese Art von „Internierten" trifft aber der § 159 eine Sonderregelung, indem derjenige mit Strafe bedroht wird, wer denjenigen, welcher auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt wird, aus der Verwahrung befreit oder sein Entweichen erleichtert. Hierunter können allerdings auch andere Personen fallen, d. h. solche, die nicht zu s. M. verurteilt sind. Noch weiter geht der Vorschlag des § 201, welcher den bestraft wissen will, der wissentlich die Unterbringung eines anderen in einer öffentlichen Heil- oder Pflegeanstalt, einer Trinkerheilanstalt, in der Sicherungsverwahrung oder in einem Arbeitshause ganz oder zum Teil vereitelt. Diese Regelung geht also über die des § 159 hinaus, umfaßt aber immer noch nicht eine Strafbestimmung hinsichtlich der Vereitelung aller s. M. Eine solche fehlt

---

[101] Siehe dazu Exner S. 205 ff.; Rosenfeld, Ö. Z. 1910 S. 311 ff.
[102] Siehe Exner S. 211 ff.

bei den Entwürfen[103]). Schließlich ist im § 368 eine weitere Strafbestimmung zu finden, die hier in Frage kommt. Der § 368 verbietet die Abgabe von geistigen Getränken an Personen, die auf Grund des § 44 in einer Trinkerheilanstalt untergebracht sind, ohne Erlaubnis des Anstaltsleiters. Die Strafvereitlung ist der Fall, daß der zu Unterstützende der Strafe entzogen werden soll. Davon verschieden ist der Fall der Begünstigung. Wegen Begünstigung soll in Zukunft bestraft werden, wer einem anderen, der ein Verbrechen oder Vergehen begangen hat, in der Absicht Beistand leistet, ihm die Vorteile der Tat zu sichern (§ 200 Abs. 1 E. 1927). § 200 Abs. 2 macht dann die Strafbarkeit von der Strafbarkeit des Begünstigten abhängig. Damit ist gesagt, daß der E. in concreto eine strafbare Vortat nicht voraussetzt. (Begr. S. 103). Im Abs. 1 Satz 2 wird ein bestimmtes Verhältnis der Strafe des Begünstigers zu der des Vortäters gefordert. Dieses bedeutet aber nur, daß auf die Begünstiger der Strafrahmen des Vortäters anzuwenden ist, nicht etwa, daß den Begünstiger — innerhalb dieses Strafrahmens — keine schwerere Strafe treffen darf als den Täter der Vortat. Damit ist schon gesagt, daß § 200 auch dann zur Anwendung gelangt, wenn der Vortäter zu einer s. M. verurteilt worden ist. Strafbar im Sinne des Abs. 2 kann auch das „gefährliche" Individuum sein, das die Tat begangen hat. Ob es aber selbst zu einer Strafe verurteilt ist, ist für den Begünstiger belanglos. Seine Bestrafung richtet sich nach dem für die Vortat festbestimmten Strafrahmen.

---

[103]) Der E. will (Begr. S. 104) nur den in einer Freiheitsentziehung bestehenden s. M. Schutz angedeihen lassen.

Literaturverzeichnis.

Amtlicher Entwurf eines Allgem. Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung. Veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums. Berlin 1925.

Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung und zwei Anlagen (Reichsratsentwurf). Berlin 1927.

Amtlicher Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes. I. Teil: Entwurf. Veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums. Berlin 1927.

Aschaffenburg, Das Verbrechen und seine Bekämpfung. Heidelberg 1906.

v. Bar, Handbuch des Deutschen Strafrechts. Bd. 1: Geschichte des Deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien. 1882.

Beling, Methodik der Strafgesetzgebung. 1922.

Birkmeyer, Beiträge zur Kritik des Vorentwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Heft 2: Strafe und s. M. Leipzig 1910.

— Rektoratsrede 1906.

Entwürfe zu einem Deutschen StrGB., veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums. Berlin 1920.

Exner, Die Theorie der Sicherungsmittel. (Abhandl. des Kriminalistischen Instituts der Universität Berlin III. Folge Bd. 1 Heft 1.) Berlin 1914.

Feuerbach, Revision eines Deutschen StrGB.

Grolmann, Über die Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung nebst einer Entwicklung der Lehre von dem Maßstab der Strafen und der juridischen Imputation. Gießen 1799.

Hafter, Strafe und s. M. im Vorentwurfe zu einem Schweizer StrGB. Schw. Z. XVII S. 211 ff.

— Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, Allgem. Teil. Berlin 1926.

v. Hippel, Deutsches Strafrecht. I. 1925.

Kais, Nebenstrafen und s. M. nach dem VE. Diss. Erlangen 1912.

Klee, Der amtliche Entwurf eines Allgem. Deutschen StrGB. Vortrag, gehalten auf der Vertreterversammlung des Preuß. Richtervereins in Hirschberg. Mitteilungen des Preuß. Richtervereins 1925 Nr. 10.

Kriegsmann, Die Strafen und Sicherungsmaßregeln des Österr. StrGB. Aschaffenburgs Monatsschrift VI (1909/10).

v. Liszt, Lehrbuch des Strafrechts. 16./17. Aufl. Berlin 1908.

— Strafrechtliche Aufsätze. II. 1905.

Nagler, Verbrechensprophylaxe und Strafrecht. (Krit. Beiträge zur Strafrechtsreform.) Leipzig 1911.

Merkel, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 1889.
Miřicka, Strafe und s. M. im tschecho-slovakischen StrGB. In Z. Bd. 43 S. 281 ff.
Österreichischer Entwurf von 1912. Regierungsvorlage. Nr. 90 der Beilagen zu den Stenogr. Prot. des Herrenhauses, XXI. Session 1912.
Rittler, Maßregeln der Besserung und Sicherung in „den Deutschen Strafgesetzentwürfen", herausgegeben im Auftrage des ÖKV. von Gleispach, Leipzig 1921, S. 102 ff.
Rosenfeld, Der neue Strafgesetzentwurf. II: Die sichernden Maßnahmen. Rheinisch-Westf. Zeitung vom 31. 3. 1925.
— Strafensystem und Strafzumessung im Österr. und Deutschen VE. In Ö. Z. f. Str. 1910 S. 309 ff.
— Die Strafzumessung. In Vergl. Darst. III S. 93 ff.
Sauer, Grundlagen des Strafrechts. Berlin 1922.
Stooß, Motive zu dem Vorentwurf eines StrGB. Allgem. Teil 1893.
— Strafe und s. M. In Schw. Z. XVIII, 1905, S. 1.
— Sichernde Maßnahmen. Ebenda S. 167.
Storch, Die Bemessung der Strafe in dem Österr. StrGE. In Ö. Z. IV S. 1—44.
Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Begr. Allgem. Teil. Bearbeitet von der hierzu bestellten Sachverständigenkommission. Berlin 1909.
Verhandlungen zum 31. Deutschen Juristentag. Berlin 1913.
Wüst, Strafe und s. M. In Schw. Z. XXI, 1908, S. 1.
— Die s. M. im E. zu einem Schw. StrGB. Diss. Zürich 1904.
Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen über den VE. zu einem Deutschen StrGB. Berlin 1911.

Lebenslauf.

Am 4. Juni 1901 wurde ich, Heinrich Josef Wüllner, zu Gladbeck i. W. als Sohn des am 22. Dezember 1926 verstorbenen Kaufmanns Josef Wüllner und seiner Ehefrau Maria geb. Caternberg, genannt Beckmann geboren. Ich bin katholischer Konfession und preußischer Staatsangehöriger. Von Ostern 1913 ab besuchte ich das Burggymnasium zu Essen-Ruhr, das ich am 28. Februar 1922 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Inzwischen hatte ich von Mai 1919 bis März 1920 beim Freiwilligen Landesjägerkorps in Mitteldeutschland und im Grenzschutz Ost gedient. Von Ostern 1922 ab studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften und besuchte in den beiden ersten Semestern die Universität Münster i. W., in den folgenden drei Semestern die Universität München und im sechsten Semester wieder die Universität Münster i. W. Strafrecht hörte ich bei den Professoren Rosenfeld, Beling und Kitzinger. Ferner war ich Mitglied des Strafrechtlichen Seminars von Professor Rosenfeld. Am 8. bis 10. August 1925 bestand ich vor der Prüfungskommission am Oberlandesgericht zu Hamm i. W. das erste juristische Staatsexamen und am 22. Juni 1927 das Examen rigorosum. Seit dem 8. September 1925 befinde ich mich in Essen.

Zum Schluß möchte ich nicht verfehlen, Herrn Professor Dr. Rosenfeld für die Anregung zu dieser Arbeit und die liebenswürdige Förderung meinen ergebensten Dank auszusprechen.

Essen, im Juni 1927.

Josef Wüllner.